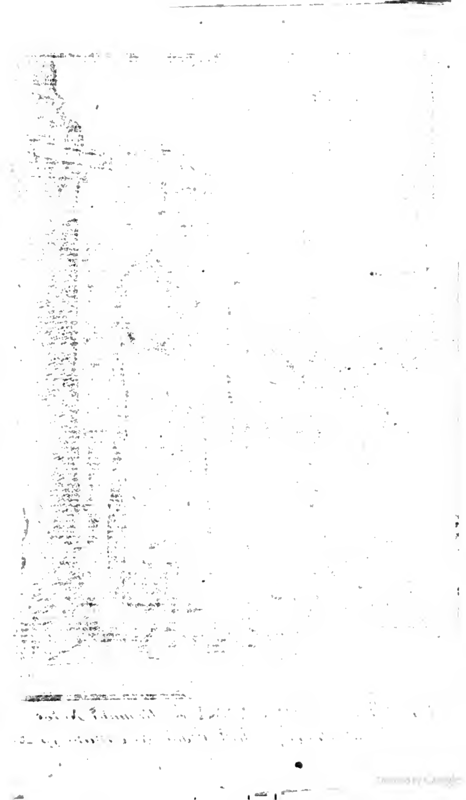




Effigies Imp. IUSTINIANI *ex Alemanni Notis ad Procopii historiam arcanam*, p. 28.

IAC. FRID. LVDOVICI, ICti,

VSVS PRACTICVS DISTINCTIONVM IVRIDICARVM

IVXTA SERIEM DIGESTORVM ADORNATVS.

RECENSITVS, ILLVSTRATVS, IN ARTICVLIS IVRIS SAXONICI AD ORDINAT. PROCESSVS ELECTORAL. SAXON. RECOGNITAM ADCOMMODATVS, NOVIS DISTINCTIONIBVS AC QVAMPLVRIMIS PRACTICIS OBSERVATIONIBVS LOCVPLETATVS

A

IO. GERARDO SCHLITTIO, ICto.
POTENTISS. REGI BORVSS. A CONSIL. AVL. ET PROF. IVR. ORDINAR. IN REGIA FRIDERICIANA.

EDITIO VI.
AVCTIOR ET EMENDATIOR.





HALAE MAGDEBVRGICAE,
Sumtibus ORPHANOTROPHEI.
Anno M DCC XXXXVI.

ILLVSTRISSIMO
DOMINO

DN. ERNESTO BOGISLAO de KAMEKE,

SERENISSIMI ET POTENTISSIMI REGIS BORVSSIAE MINISTRO STATVS INTIMO

CVBICVLI REGII MAGISTRO

SVPREMO RERVM DOMANIALIVM DIRECTORI,

RELIQVA,

DOMINO SVO GRATIOSO

FELICITATEM!

ILLV-

ILLVSTRISSIME DOMINE, DOMINE GRATIOSE,

Quod de arte in genere dicere consueuerunt ſapientes, longam illam eſſe, vitam vero breuem: illud in ſpecie ad artem iuris optimo iure applicari poſſe videtur. Infinita ſunt hominum negotia: infinitæ etiam exinde oriuntur controuerſiæ, quæ iuxta artem æqui & boni, quo titulo

tulo Vlpianus iurisprudentiam insignit, ſingulæ trutinandæ & componendæ, cum impoſſibile ſit legislatoribus, quibuscunque ſingularibus negotiis ſingulares legum deciſiones adaptare. Longa itaque ars eſt, etiamſi ſolummodo ea reſpicias, quæ in arte quotidie maximam vtilitatem præſtant. Longiſſima vero euadit, ſi illa conſideres, quæ mere inutilia ſunt, altercationes interpretum de rebus nullius ſæpe momenti, principia erronea & leges obſoletas, quæ nec habent, nec vnquam habere potuerunt vel minimam vtilitatem. Conſideranda autem omnia illa ſunt, poſtquam Germania noſtra mores patrios fere ignorat, & deciſiones cauſarum controuerſarum non modo ex legibus exoticis, ſed ex tot etiam gloſſis & Doctorum inter ſe diſſentientium au-

toritatibus atque opinionibus depromere adſueta eſt, vt hinc in arte iuris mala bonis & bona malis admixta inuenias. Itaque cum in nullius doctoris poteſtate poſitum ſit, vt nouas leges ferat, & malo inueterato medeatur: meo quidem iudicio omnibus, qui iura docere nituntur, ſummo ſtudio in id incumbendum eſt, vt bona a malis ſecernant, & quæ vſum in arte iuris aliquando præſtare poſſint, quæ non, ſedulo oſtendant, neque talia proponant, quæ in ſpem futuræ obliuionis diſci dicuntur, vt deinde vix diiudicare queas, an addiſcere ea, an vero iterum dediſcere grauius & difficilius ſit. Vt ad ſcopum meum propius accedam, vulgatum quidem eſt, bene eum docere, qui bene diſtinguere nouit; interim tamen plurimas quoque

diſtin-

diſtinctiones, inutiles, vt in aliis diſciplinis, ita quoque in arte iuris occurrere, quis ignorat? Tentaui itaque in libello hocce, quem TIBI ILLVSTRISSIME DOMINE, nunc humillime offero, annon & in hac diſtinctionum iuridicarum materia vtile ab inutili diſcerni poſſet, vnde titulus libelli: *Vſus practicus Diſtinctionum iuridicarum* enatus eſt. Dico, me tentaſſe: probe enim conſcius ſum exiguarum virium mearum, quæ non permittunt, vt integram materiam plene exhaurire potuerim. Quidquid vero ſit, certiſſime confido, fore, vt TV, ILLVSTRISSIME DOMINE, hoſce etiam conatus meos pro innata TIBI benignitate & propenſione erga illos, qui ſtudia liberalia ſectantur, gratioſe reſpi-

cias, quod in præsenti etiam a TE ea, qua par est, animi submissione expeto atque contendo. Seruet DEVS T. O. M. TE ILLVSTRISSIME DOMINE, quam diutissime: adsit consiliis TVIS, vt in Diuini nominis gloriam & Reipublicæ vtilitatem perennem vergant. Ita voueo

Illustrissimi Nominis TVI

Cultor

humillimus

I. F. LVDOVICI.



PRÆFATIO AD LECTOREM.

Quamuis cum multorum hominum ingeniis ita comparatum ſit, vt omnia ſtatim, quæ quodammodo ſaltem a veterum veſtigiis diſcedere videntur, tanquam res nullius pretii cœco impetu eliminata eſſe cupiant; plures tamen, ni fallor, hodie reperiuntur, qui in alterum extremum prolapſi, nil eruditum, imo ne lectu quidem dignum exiſtimant, niſi quod veterum Scriptorum principia non ſolum deſerit, ſed quod maius eſt, ea condemnat etiam atque refutat. Ita inter illos multos & hoſce plures pauciſſimi media via, quæ ſapientem decet, incedere didicerunt. Et quod exinde profluit, nihil fere ſcribi amplius poteſt, quod non vel ab his vel ab illis, ſi eorum guſtui non eſt accommodatum, acrem cenſuram experiatur. Hos ſcopulos mecum perpendens hæſitaui ab initio dubius, vtrum præſens opuſcu-

lum de vſu practico diſtinctionum iuridicarum publicæ luci exponere conſultum eſſet, nec ne, cum facile præuiderem, me omnibus hac parte placere neutiquam poſſe, quin potius certiſſimum fore, vt diuerſas cenſuras experiretur ille labor a me ſuſceptus, prout ſcilicet adfectus Lectoris diuerſus eundem ad diuerſiſſima etiam iudicia ferenda incitare ſolet. Verum enim vero, cum ex altera parte conſiderarem, neminem hactenus ex mortalium numero repertum fuiſſe, cuius inſtituta, optima etiam, omnibus ſeſe adprobauerint; ſcopulos illos, de quibus antea dixi, tranſcendere non adeo difficile fuit, præſertim cum mea intentio non ſit, quod eruditis ſcribere, ſed quod ſaltem ex neceſſitate illa, ad quam me officii mei ratio obſtringit, ſtudioſæ iuuentuti ad eo melius percipienda genuina iuris principia pro viribus meis exiguis inſeruire velim, quem in finem etiam præſentem libellum ſtatim ab initio publicis lectionibus deſtinaui, prout de hoc meo inſtituto Programma *de Diſtinctionibus Iuridicis vſum in foro habentibus*,

bus, *vel non*, ante aliquot menses in hac Academia publice propositum, vlterius loquitur. Imo, si hoc addere permissum, & amatoribus antiquitatis, & illis, qui nouis rebus indulgent, me quadantenus inseruiisse puto. Vsum enim practicum non ex proprio cerebro, sed vel ex ipsis legum receptarum fontibus, vel ex celeberrimorum Scriptorum operibus docere annisus sum, & sic nihil fere dixi, quod non antea iam dictum fuerit. Methodum autem nouam esse, quilibet spero, facile concedet, cum non deprehenderim, eadem, quam in præsenti elegi, via ante me quenquam incessisse: at vero præter methodum in iure aliquid mutare, non ita facile, quam quidem in aliis, disciplinis licet, nisi erroneas DD. opiniones nulli legi superstructas excipere velis. Equidem Antonius Henricus Mollenbecius, Rintelensis, I. V. D. iam olim Ao. MDCLXXII. Heydelbergæ in 8. publicauit *Radices & primordia Iurisprudentiæ, siue Diuisionum Iuridicarum Centurias III. iuxta seriem Pandectarum dispositas*; sed Lector beneuolus facile ad-

aduertet, quod ille Autor ipſos ſolummodo diuiſionum terminos explicare animum induxerit, vſum fori autem vel in pauciſſimis, vel plane non attigerit. Fuiſſent quidem, quæ & circa has terminorum expoſitiones ab eo adlatas moneri potuiſſent; ſed labor nimium excreuiſſet, & ſimul, quod maximum erat, a ſcopo lectionum mearum publicarum abluſiſſet, quippe in quibus Auditoribus meis practicam ſaltem applicationem oſtendere, ea vero, quæ ſubtilia videbantur, ſequeſtrare & in tempus magis commodum reſeruare volebam. Vt ergo B. L. iuxta hanc meam intentionem præſentem laborem æſtimare velit, eſt quod obnixe rogo. Dabam in Academia Fridericiana d. XXIIX. Dec. M DCC II.



PRÆ-



PRÆFATIO

SECVNDÆ EDITIONIS.

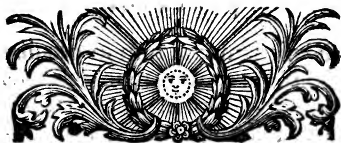
Septem fere anni elapſi ſunt, poſtquam præſentem librum de vſu practico diſtinctionum iuridicarum prima vice publici iuris feci. Poſtquam vero iam ab aliquo tempore exemplaria diſtracta fuerunt, ego autem tum in Doctrina Pandectarum ante annum publicata, tum in ſupplementis meis ad Compendium iuris Lauterbachii ſubinde ad huncce diſtinctionum vſum practicum prouocaui; hinc neceſſi-

tas

tas efflagitauit, vt prelo ille denuo committeretur. Nata hinc eſt ſecunda hæc Editio, quam vides beneuole Lector, in aliquibus locis aucta & vere emendata, prout collatio prioris Editionis oſtendet. Vtere ergo & hac editione, beneuole Lector, & ſtudiis noſtris porro faue. Dab. Halæ d. XXIV. Septembr. M DCC X.



PRÆ-



PRÆFATIO QVARTAE EDITIONIS.

LECTORI BENEVOLO
S. P. D.
IO. GERARDVS SCHLITTE.

Quarta hæc editio eſt, qua B. DN. LVDOVICI, ICti poſt fata quoque celeberrimi, & de iurisprudentia immortaliter meriti, *Vſus practicus Diſtinctionum Iuridicarum*, nunc meis curis illuſtratus, multisque adceſſionibus locupletatus, in publicum profertur. Quibus rationibus quondam adductus Vir celeberrimus in hoc argumento de-

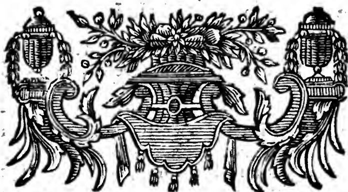
ſudarit iam ipſe tum in peculiari programmate, tunc temporis euulgato, tum in præfatione primæ editioni præmiſſa, fuſe edisſeruit. Mei vero facti, quod in recognoſcendo hoc libello operam poſuerim, rationem vt Tibi, *Lector Beneuole,* exponam, forte non abs re erit. Perſpicuum videlicet eſt, conſtatque inter omnes, quanta iuris, cumprimis Saxonici, commutatio facta ſit, Ordinatione Proceſſus recognita, ante biennium, & quod excurrit, in Electoratu Saxoniæ promulgata. Hinc facile eſt ad intelligendum, non poſſe non quod ad articulos iuris Saxonici, quibus liber hic refertus, iuris cultorem dubitatione æſtuare, num ii Ordinationi, quam prædixi, Recognitæ examuſſim reſpondeant, an vero ab eadem diſcrepent. Cui incom-

modo

modo medicinam adlaturus, cuncta illa capita, quibus Ius Saxonicum Electorale nouissimum a veteri, atque adeo a quamplurimis AVCTORIS doctrinis abit, sollicite adnotaui, ac multa alia eiusdem argumenti commodis locis inserui, quo iuris cultori de vsu practico distinctionum iuridicarum in Electoratu Saxoniæ mox liquere possit. Qua cura cogitationeque suscepta, vt pro virili mea parte cupidæ legum iuuentutis, cumprimis eorum, qui vocis meæ ministerio vtuntur, studia iuuarem, simul supplementis quibusdam libellum expleui, additis tum rationibus, tum limitationibus, tum denique practicis obseruationibus, ac nouis plane distinctionibus. Plura addere haud libuit, ne forma libelli nimis mutaretur. Ceterum in dubiis quæ-

ſtionibus, paſſim in hoc libello occurrentibus, nullius laudibus detraxi, ſed ea ſentiendi libertate vſus ſum, quam & AVCTOR ὁ μακαρίτης ſibi indulſit, & nemini, ſi conuiciandi libido abſit, negari poſſe, in confeſſo eſt. Vnde deprecor, ne detur amori, quod plerasque AVCTORIS ſententias aduerſus diſſentientium DD. tela firmauerim, neue odio, vel æmulationi, quod in nonnullis modeſte ab eodem diſſenſerim. Pluribus Te, *Lector honoratiſſime*, haud moror, ſed conatus hoſce meos fauori Tuo commendans, quam optime Te valere iubeo. Dabam in Academia Fridericiana d. X. Maii

CIƆ IƆCC XXVI.



Q. D. B. V.

VSVS PRACTICVS DISTINCTIONVM IVRIDICARVM

IVXTA

ORDINEM DIGESTORVM.

LIBRI I. TITVLVS I.

De Iuſtitia & Iure.

DISTINCTIO I.

Inter Iuſtitiam *vniuerſalem & particularem.*

Prima hæc communiter in Compendiis & Syſtematibus iuridicis ſub præſenti Titulo deprehenditur iuris diſtinctio, cum qua alia inter *ius perfectum & imperfectum*, ſiue virtutem, (prout quidam loqui malunt,) coin-

coincidere videtur, quam Pufendorffius aliique DD. morales adhibere sueuerunt. Iustitia enim vniuersalis officia *amoris*, particularis vero officia *debiti* inculcat, ad priora autem illa ius perfectum, id est, cum coactione coniunctum, non competit, sed imperfectum saltem, h. e. pudori cuiuslibet relinquitur, an eadem præstare velit, an non; quo refero officia humanitatis, suppeditationem eleemosynarum, &c. vnde pauper ob denegatum subsidium charitatiuum actionem contra diuitem denegantem instituere non potest. Amor enim coactus amoris naturam statim amittit. Vsus huius distinctionis circa quæstionem: *quænam ex duabus illis Iustitiæ Speciebus Iurisprudentiæ finis sit?* præcipue sese exserit. Siquidem scire oportet iudicem, quinam officii eius sint limites, ne vel aliquid omittat, quod faciendum, vel aliquid faciat, quod omittendum erat. Duæ autem hic sese offerunt opiniones. Nonnulli, inter quos Lauterbachius, Iustitiam vniuersalem Iurisprudentiæ finem esse existimant: alii contra pro Iustitia particulari pugnant, quibus Dn. Hoppius accedit, & quorum sententiæ nos etiam calculum nostrum adiicimus. Frustraneus quippe habetur finis, ad quem consequendum congrua remedia non prostant. At vero iudici qua tali, id est, quatenus iubet & punit, remedia homines ve-

re virtuoſos reddendi non ſuppetunt, ſed eo eſt contentus, modo ſubditi actiones externas legum præſcripto conforment, quamuis hæc conformatio ex animo virtuoſo non procedat. Optat equidem probus Iudex, vt omnia, quæ fiunt a ſubditis, ex animo virtuoſo proficiſcantur, impedimenta quoque externa remouet; ſed remedia, quibus hoc votum ſuum præciſe obtineri poſſit, ipſi deficiunt. Vnde iudices falcem in alienam meſſem mittere eaque ſibi arrogare non debent, quæ ad forum Philoſophicum vel Theologicum pertinent; Theologi contra & Philoſophi ea, quæ ad iudicia externa pertinent, non inuolent.

DISTINCTIO II.

Inter Iuſtitiam *diſtributiuam* & *commutatiuam*, item: inter Proportionem *Geometricam* & *Arithmeticam. A)*

Aeque frequens hæc eſt, vt præcedens, non tamen æque clara, nec æque vtilis.

A) Ne mox in limine Iuris cultor ad hos ſcopulos offendat, non abs re erit, breuem horum terminorum explicationem ſubiungere. Proportio *geometrica* dicitur,

lis. Nondum enim inter se conueniunt DD. quomodo vtraque iustitia definienda sit. Multi ad distributiuam referunt distributionem munerum, honorum, & pœnarum criminalium, iure humano statutarum, proportione geometrica faciendam: ad commutatiuam vero res priuatorum, vi præcedentium contractuum distribuendas, item pœnas ciuiles & criminales, iure diuino dictatas, & hic proportionem arithmeticam obseruandam esse dicunt, v. Hopp. *comm. ad pr. I. de I. & I.* late Struu. *S. I. C. Ex. 1. th. 19. sqq.* Iac. Thomas. *Phil. Pract. Tab. XXIII. & XXIV.* Pufendorffius contra & distributiuam & commutatiuam ad ciuium contractus refert, & distributiuam quidem in societatis contractu adesse dicit, *lib. 1. de I. N. & G. c. 7. §. 9.* Hugo Grotius *de I. B. & P. l. 1. c. 1. §. 8.* Iustitiam attributricem suam & expletricem substituit, & hic

quando inter plures numeros *ratio multiplicitatis* est *eadem*, e. g. 2. 4. 8. 16. 32. 64. cetera, heic ratio semper est *dupla;* vel 1. 3. 9. 27. 81. cetera, heic ratio semper est *tripla.* Proportio *arithmetica* est, quando inter plures numeros *differentia* est *eadem*, v. gr. 3. 6. 9. 12. 15. 18. cetera, heic eadem differentia, quæ est inter 3. & 6. quoque inter 6. & 9. inter 12. & 15. intercedit.

hic diſputant, an explетrix cum Ariſtotelis commutatiua, attributrix vero cum diſtributiua conueniat? quod negat Thomaſ. *loc. cit. ibique in not.* Alii in ſocietate æquali proportionem arithmeticam admittunt, intuitu inæqualis autem inter medium inueniendi & inuentum applicandi diſtinguunt. Simon *in not. ad d. Grotii loc. verb. Proportione comparata.* Vides, incerta eſſe omnia. Prout vero nulla adeſt certitudo, ita quoque nulla vtilitas huius diſtinctionis deprehenditur. Prouoco ad omnes Iudices & Aduocatos, an hæc diſtinctio illis vnquam vel minimum vſum in decidendis, vel perorandis cauſis præſtiterit? Iuſta quoque manebit ſententia iuxta Leges concepta, licet Iudex interrogatus reſpondere neſciat, quam iuxta proportionem eandem conceperit. Nec ergo multum operæ impendere neceſſe habebit iuris cultor, vt hanc proportionem ſibi ſollicite imprimat.

DISTINCTIO III.

Inter Ius *diuinum* & *humanum*.

Hanc vtiliſſimam eſſe nemo negabit. Princeps legibus a ſe latis non obligatur, bene tamen diuinis, quorſum refero, quod ad ſeruanda pacta cum ſubditis inita, quæ Leges fundamentales vocant, ſit obli-

gatus, quia ius diuinum, naturale pariter & reuelatum, pacta seruanda esse inculcat. Ex quo porro deducitur, Principem non posse talia subditis suis iniungere, quæ Legi diuinæ aduersantur, sed tunc locum habere illud: *Deo magis obediendum, quam hominibus.* Denique in materia dispensationis pœnarum & nuptiarum huc vnice respiciendum est. Potest Princeps dispensare circa pœnas, iure humano statutas, non quæ ex diuino profluunt, vnde pœnam homicidii indispensabilem esse recte asseritur, *B)* propter tam euidentem textum *Genes. 9. v. 6.* repetitum in N. T. *Matth. 26. v. 52.* Neque nuptias

B) Hæc sententia dubio haud vacat, nec textus ab AVCTORE excitatus adeo euidens est, 1) quoniam genius linguæ Ebraicæ non absolute infert *præceptum*, sed habet significationem *futuri temporis.* 2) Non præscribi in illo textu *Legem* magistratui politico, inde vero fit simile, quoniam tunc temporis *nulla* in familia Noachi erat *respubl.* nullus *magistratus.* 3) Quia dictum illud non continet *nouam Legem*, sed est saltem *adpendix* L. præcedentis de non comedendo sanguine. Vid. Ill. DN. THOMAS. *Fundament. Iur. Iur. Nat. & Gent. Lib. 3. cap. 7. §. 21.* & cumprimis *Disp. de Iure aggratiandi Princip. Euangel. in cauſ. homicid. cap. 4. §. 4.*

nuptias in illis gradibus contrahendas permittere iure poterit, quas Deus ter O. M. *Lev. 18* prohibuit. Vnde errat Carpzouius *Ipr. Eccl. Lib. 2. Def. 99.* putans, matrimonium in gradu secundo lineæ inæqualis contractum (de facto) non rescindi, ob *Lev. 18. in f.* vbi dicitur: Sie sollen ausgerottet werden. Idem enim esset, ac si in Rep. subditus circa Legem a Principe promulgatam sibi potestatem dispensandi sumere vellet. Quid ergo dicendum de Pontificibus, quibus potestatem supra omnia & contra omnia, & facultatem contra ipsum ius diuinum dispensandi tribuunt eorum adulatores? v. Reinking. *de regim. secul. & eccles. l. 1. class. 2. c. 4. n. 50. seqq.* & *Disp. nostr. de iudice in caus. Princ. protest. matrim. §. 7.*

DISTINCTIO IV.

Inter Ius *naturæ* & *positiuum vniuersale.*

Quæ hic ad historiam pertinent, summatim recensuimus in *Delineatione Historiæ iuris naturalis & positiui vniuersalis.* Ceterum ad id prodest adlata distinctio, vt imbecillitatem rationis nostræ sibi relictæ eo melius agnoscamus, atque Deo ter O. M. pro reuelatione voluntatis suæ humillimas gratias persoluamus. Scilicet cum ex lumine naturæ, ea tantum iniusta esse, quæ

ſocialitatem turbant, homini Ethnico demonſtrari queat; ſequitur exinde, multorum criminum fœditatem ius naturæ ignorare, quæ tamen ex Sacra Scriptura facile agnoſci poteſt. Ceterum ratione obligationis inter vtrumque ius nulla intercedit differentia, cum vtroque omnes homines æqualiter obſtringantur,& ſic ignorantia iuris poſitiui vniuerſalis excuſationis loco a nemine adduci queat. Inde Deus præter alia crimina Cananæos etiam propter commiſſum inceſtum ſedibus ſuis eiecit, in cuius tamen prohibitione demonſtranda ratio ſola admodum cœcutit. Et ergo neceſſario ſupponendum eſt, Deum illas leges aliquando toti humano generi, vel certe perſonis poſt diluuium, illud repræſentantibus, promulgaſſe; alias enim propter transgreſſionem Legum nunquam promulgatarum pœna infligi non potuiſſet. De criteriis cognoſcendi leges vniuerſales poſitiuas in *cit. Delineatione* §. *114*. egimus add. Seldenus *in tr. de iure nat. & Gent. iuxta diſciplin. Hebræorum*.

DISTINCTIO V.

Inter Ius diuinum poſitiuum *vniuerſale* & *particulare*.

Leges vniuerſales a particularibus exacte diſcernere, maximam poſt ſe trahit vtilita-

litatem. Scilicet leges vniuerſales adhuc hodie æque vt in V. T. obligant, atque adeo Legislatoribus noſtris ne latum quidem vnguem ab iisdem recedere fas eſt. De Legibus autem particularibus, ſiue per eas *forenſes*, ſiue *ceremoniales* intelligas, vnanimis DD. eſt ſententia, eaque veritate ſuperſtructa, quod poſt extinctam Remp. Hebræorum eædem quoque ceſſent, cum ad ſtatum illius Reip. fuerint accommodatæ, quo ſtatu mutato & illæ quoque mutationem paſſæ ſunt; qua de re conferri meretur doctiſſimus libellus, quem *de Habitu religionis* conſcripſit illuſtris quondam Pufendorffius. Diſtinguit equidem Lauterbach *in Comp. iur. h. t.* inter ius forenſe vniuerſale & particulare; ſed vel per vniuerſale illud intelligit ius morale, vel illa diſtinctio, ſi alium ſignificatum iuri forenſi vniuerſali tribuere voluit, nullo fundamento nititur.

DISTINCTIO VI.

Inter Ius *naturale* & *Gentium*.

Variis quidem modis *C)* ſupponitur vox *iuris Gentium*, de quibus conſulendus Excell.

C) Nimirum 1) pro *attributo perſonæ*, ſeu *facultate*, quam gentes, natura permittente, exercent, 2) pro *moribus* plurium

Excell. Thomasius *in Iurispr. diuin. l. 1. c. 2. §. 103.* communiter tamen pro *moribus plurium Gentium* iure suo eodem modo vtentium accipitur, v. g. vt ipsum bellum præcedat denunciatio: vt captiui in seruitutem redigantur, &c. Mores tamen illi speciem aliquam iuris positiui humani non constituunt, vt voluerunt aliqui, v. Rachelium *in pecul. Disp. de Iure Gentium.* Nullus enim vnquam fuit Monarcha, qui omnibus gentibus imperasset, & sic illis legem aliquam communem præscribere potuisset. Nec adest spontanea subiectio, vtpote de qua in historiis altum est silentium. Pactum quoque expressum de eiusmodi moribus seruandis nunquam inierunt gentes, & si iniissent,

gentium, quando nempe iure suo vnanimiter & eodem modo vti solent, 3) pro *iure ciuili* multarum gentium, quorsum spectant *modi adquirendi*, qui *iuris gentium* dicuntur, 4) pro *Iure gentium proprie sic dicto*, qua denotat legem, officia gentium inter se, qua sunt gentes, concernentem, 5) pro ipso *Iure naturali*. quoniam id obligat omnes gentes. DN. THOMAS. *d. l.* Qui vltimus significatus in LL. ciuilibus passim obuius. Vid. *§. 1. J. de J. N. G. & C. §. 11. & 41. J. de R. D. l. 9. ff. de J. & J. L. 31. ff. Depos. L. 1. ff. de A. R. D.*

ſent, exinde non oriretur peculiaris iuris poſitiui ſpecies, ſed obligatio ex iure naturæ proueniret, quod pacta ſeruanda eſſe dictirat. Idem dicendum de pacto tacito, quod nonnulli in ſubſidium vocant, quamuis ne hoc quidem adſit, cum actus ille, quo gentes aliarum gentium mores imitantur, tale pactum non inferat, quemadmodum exinde etiam nulla obligatio profluit, quando priuatus alterius priuati actiones & mores imitatur. Hiſce ſuppoſitis vſus diſtinctionis inter ſic dictum ius Gentium & naturæ in oculos incurrit. Scilicet ius naturæ mutationi non eſt ſubiectum, ſed omnes Gentes ad continuam eius obſeruationem obſtringuntur; mores Gentium autem pro lubitu a qualibet gente, altera etiam inuita, mutari poſſunt. Omittitur iam hodie interdum denunciatio bellica, & eo ipſo tamen iuſtitiæ belli nihil decedit, ſi illud alias iuſtum eſt. Et quid ſi vna gens omnes captiuos interficere iuberet, an putas reliquis ius contradicendi competere? Adeſt aliud recens Exemplum. Anno 1702. Menſe Maio Ordines Generales Belgii vniti Edictum promulgabant, daß alle und iede Caper, ſo zwiſchen denen Tonnen und Baacken vor dem Lande, oder auch gar in den Häven ertappet würden, ungeachtet ihrer Commiſſion, mit dem Tode geſtraft werden ſolten: at vero alias illi, qui eiusmodi excurſionibus maritimis vacant,

vacant, militibus voluntariis comparantur, & instar aliorum captiuorum militum tractantur. Sane hoc facere non potuissent Ordines Generales, si ius aliquod proprie sic dictum in contrarium adfuisset. Vnde non cohærebat iudicium Autoris Der Relation aus dem Parnasso vom 2. Iun. 1702. qui rem decidere volebat: Apollo gab zur Antwort, daß zwar die eingeführte Gewohnheit aller Völcker ein Recht mache, (sed hoc erroneum, quia Gentes non habent superiorem, a cuius adprobatione tamen consuetudo robur suum accipit,) und auch in einem offenbahren Kriege beyde Partheyen zur Beobachtung dessen verbinde, iedoch nur also, daß die hohe Obrigkeit die Freyheit behalte, zum besten dero Unterthanen eine andere Verordnung zu machen und die allgemeine Gewohnheit aufzuheben, (hoc fieri non posset, si mores Gentium ius facerent; nam & Princeps hoc iure esset obligatus,) insonderheit wenn solches vorher gebührender massen kund gemachet wird, daß sich, so zu reden, alle, denen es zu wissen nöthig, darnach achten können.

DISTINCTIO VII.
Inter Ius Gentium *primæuum* & *secundarium*.

Illud ex ratione, hoc autem ex ratiocinatione deductum esse volunt, v. Wesenbec:

hec. *Parat. ff. h. t. n. 15.* Ita vero vtrumque describunt, vt ius Gentium primæuum tale non maneat, sed vt cum iure naturæ coincidat, prout iam obseruauit Struu. *Exerc. I. Thes. 54.* Ad quid ergo proderit hæc distinctio, nisi quod entia præter necessitatem multiplicentur, præcipue cum Ius Gentium, quod secundarium vocant, ad ius positiuum neutiquam referri posse, paulo ante demonstrauerimus.

DISTINCTIO VIII.

Inter Ius naturæ *proprie & improprie* tale.

Tribonianus cum in *princ. I. de I. N. G. & C.* ius naturæ non humani generis proprium, sed omnium animalium, quæ in cœlo, mari & terra nascuntur, esse dixisset; nonnulli, vt ab ignorantiæ vitio eum liberarent, distinctionem hanc in medium protulerunt, & Tribonianum de iure naturæ improprie sic dicto saltem locutum esse affirmarunt. Est certe hæc distinctio eius generis, ac si quis inter hominem proprium & improprium distinguere, & per hominem improprie dictum, simiam, vel aliam bestiam bipedem intelligere vellet. Imo non absimilis est alteri cuidam inter barbam rationalem & irrationalem, quam posteriorem capro tribuerat nonnemo. Quemadmodum ergo non datur ius naturæ improprie sic dictum:

ita nec ad lata distinctio vllum vsum post se trahit. Anne enim Iudex forsan bestias improprie punire poterit? an improprie contrahent, delinquent, &c.? vid. *Hopp. Exam. Inst. de I. N. G. & C. qu. 3.*

DISTINCTIO IX.

Inter Ius naturæ *præceptiuum* & *permissiuum*.

Impugnat quidem hanc distinctionem Pufendorffius *de I. N. & G. lib. 1. Cap. 6. §. 15.* & Modestinum in *l. 7. ff. de LL.* non satis accurate locutum esse existimat, quando hic ad Legis virtutes etiam permissionem refert, cum ea non sit proprie actio Legis, sed actionis negatio. Verum enim vero hæc curiosa saltem esse videntur: putamus nos, eam distinctionem omnino retineri posse, cum rem ipsam satis clare exprimat. Vsus autem eiusdem sat manifestus est. Scilicet circa ea, quæ ius naturæ præcipit, Principi potestas disponendi non competit, bene autem illorum intuitu, quæ nec prohibentur, nec præcipiuntur, sed *D)* permissa sunt. Vnde

D) Non ineleganter rem alii efferunt, distinguentes inter Ius Naturæ, qua denotat *Legem naturalem*, & qua denotat *facultatem naturalem*; *priori* respectu mutari

Vnde principes multa ad regalia sua traxerunt, quæ tamen iure naturæ cuilibet permittebantur, e.g. venatio, piscatio, aucupium, &c. Quod si vero Princeps pactorum violationem, aliorum læsionem, iniuriam, &c. inter res licitas referre vellet, tunc eius dispositio non minus irrationabilis dicenda foret, quam consuetudo, quæ contra ius naturæ & diuinum reuelatum impingit.

NOVA DISTINCTIO.
Inter Ius ciuile *merum* (purum) ac *mixtum*.

Illud dicitur, quod ex *mera ratione ciuili* a populo R. excogitatum ac stabilitum est: quorsum pertinent Stipulatio, & Contractus chirographarius, *hoc*, quod originem habet ex Iure Naturæ & Gentium, & L. ciuili vel omnimodo *adprobatum*, e. g. contractus plerique, vel ei quid *additum*, e. g. patria potestas, Nuptiæ, Tutela, Dominia, cetera; vel ei quid *detractum*, v. g. quod fœmina ex fideiussione, filiusfam. ex contractu mutui, in pecunia numerata consistentis, haud obligetur. LIB.

tari nequit, bene tamen *posteriori*, quorsum spectant exempla ab AVCTORE adlata.

LIB. I. TIT. II.

De Origine Iuris, & omnium Magistratuum, & Successione Prudentum.

DISTINCTIO I.

Inter *Leges*, *Interpretationes prudentum*, *Plebiscita*, *SCta*, *Prætorum Edicta*, *& Principum Constitutiones.*

Theoretice hæc omnia quam maxime a se differre, nemo negabit, cum ratione originis diuersissimam habeant naturam. *A*) Hodie tamen, postquam Imp. Iustinianus omnia sua fecit, quæ quondam diuerso tempore & diuerso modo intro-

A) Vnde nata distinctio inter *Ius ciuile strictius* dictum, & *Ius prætorium*. *Illud*, quod ex LL. Plebiscitis, SCtis, Constitutionibus Principum, & Auctoritate Prudentum venit *l. 7. ff. de I. & I. hoc*, quod *Prætores* Edictis suis introduxerunt. *d. l. 7. §. 1.* Sic alia est Successio *ciuilis*, alia *prætoria*, h. e. Bonorum Possessio; aliæ Obligationes *ciuiles*, aliæ *prætoriæ*, aliæ Actiones *ciuiles*, aliæ *prætoriæ*, cetera.

troducta fuerant, exigua admodum superfuerit differentia, *v. Constit. Dedit nobis. de Confirmat. Digest. §. 10.* Hoc saltem mansit ex iure prætorio, quod actiones pœnales, v. g. iniuriarum, anno *B)* præscribantur *utili*, *C)* contra illæ, quæ ex *Lege*, *SCto*, siue ex *Sacris Constitutionibus* proficiscuntur, *in perpetuum* *D)* competant. *pr. I. de perpet. & temporal. action.* Idem obtinet in actionibus prætoriis, rem quidem persequentibus, ad rescissionem actus gesti vero tendentibus, vbi annus *utilis* ad eas instituendas conceditur, v. g. in Pauliana, rescissoria, restitutione in integrum, quem annum vtilem in quadriennium continuum commutauit Imperator in *L. vlt. C. de Temp. in integr. restitut.* v. Illustr. Dn. Stryk. *de Action. forens. inuest. Sect. 3. Membr. 3. Ax. 2.* vid. *Tit. sequ. Distinct. II.*

DISTIN-

B) Ita *regulariter*. Exceptiones vid. *infr. Lib. 44. Tit. 7. Distinct. 13.*

C) Si vsum fori spectes, annus ille in actione iniuriarum *utilis* saltem est ratione *initii*, h. e. non currit, nisi a *die scientiæ*, in *cursu* vero est *continuus*. BACHOV. & HOPP. *ad §. f. I. de Iniur.*

D) Ita vt olim *omni tempore*, etiam post 100 annos, possent institui, hodie vero, vt ad summum *30 vel 40 annos* durent. *pr. I. de Perpet. & Temporal. Action.* ib. VINN.

DISTINCTIO II.

Inter Responsa Prudentum *ad Instantiam vnius Partis*, & *ad Requisitionem Iudicis* concepta.

Responsa Facultatum Iuridicarum, Scabinatuum, singulorumque ICtorum (modo hi gradu academico *E*) sint insigniti, illustr. Dn. Stryk. *in not. ad Brunnem. ius eccl. l. 3. c. 8. §. 4.*) ab expensarum quidem refusione liberant succumbentem, *F*) & probabilem litigandi causam efficiunt, v. Brunn. *Proc. Ciu. cap. 27. num. 78.* Iudicem tamen non constringunt, vt ad eorum normam sententiam suam proferre teneatur, si scilicet perpensis fideliter actis ipsi contraria sententia magis vera videatur, Mev. *P. 1. Dec. 110. num. 5.* Aliud obtinet, si ad requisitionem iudicis, vel partibus hoc petentibus, vel ex officio etiam, Collegia iuridica transmissis ad eadem Actis iudicialibus, sententiam concipiunt, tunc enim Iudici, licet ad ipsius gustum

E) Quoniam *gradu academico* decoratis saltem publice *de iure respondendi potestas* conceditur.

F) Modo factum *bona fide* narratum fuerit ab eo, qui responsum impetrauit, alioqui ab expensis *haud liberabitur*. MEV. *Consil. CX. n. 230.* B. STRYK. *Vs. mod. ff. h. t. §. f.* LAVTERB. *diss. de Expens. victor. th. 44.*

ſtum non fuerit pronunciatum, eandem mutare vel ab Actis reiicere non permittitur, ſed parti grauatæ competentibus remediis ſuſpenſiuis illam impugnare liberum eſt. Ceterum regulariter hodie acta iudicialia ad priuatos ICtos non transmittuntur, niſi in Ducatu Cliuiæ, vbi hoc in iudiciis inferioribus adhuc interdum fieri ſolet. Idem obtinet in aliis Weſtphaliæ iudiciis.



LIB. I. TIT. III.

De Legibus, SCtis, & longa Conſuetudine.

DISTINCTIO I.

Inter *Legem ſcriptam* & *Conſuetudinem.*

Circa Conſuetudinem *duæ* quæſtiones ab inuicem probe ſunt ſeparandæ, prima: *an exiſtat?* & ſecunda: *an obliget?* Quantum ad *ſecundam* attinet, nulla deprehenditur inter legem ſcriptam & conſuetudinem differentia, cum vtriusque eadem ſit vis & efficacia obligandi, & actus contra conſuetudinem commiſſus non minori nullitate laboret, quam qui contra Le-

gem ſcriptam ſuſcipitur, *v. l. 33. 35. & 36. ff. h. t.* & hoc reſpectu *iuris* eſſe dicitur conſuetudo. Ratione quaeſtionis *primae* autem notabilis ſeſe differentia exſerit. Scilicet, quae in Lege ſcripta deprehenduntur, a nemine ignorari debent, ſed inter res notorias referuntur, & ſic probatione non indigent; diuerſum obtinet intuitu conſuetudinis. Haec ſiquidem ex diuerſis demum actibus introducitur, hi actus autem in facto conſiſtunt, & ſic probatione indigent, vnde & ipſa conſuetudo in hac conſideratione *facti* eſſe dicitur. Hinc eſt, quod poſitiones non quidem de iure communi ſcripto, ſed tamen de conſuetudine concipi queant, Gail. *l. 1. obſ. 82. n. 13. ſequ.* Mynſing. *Cent. 5. Obſ. 88. num. 4. ſequ.* Item, quod ius ſcriptum non ſit obiectum probationis, & articulorum probatorialium, bene tamen conſuetudo, v. Struv. *S. I. C. Ex. 2. th. 21. & Exerc. 28. th. 8.* Plura huc facientia collegimus in *Diſſ. noſtr. de ICto ſine Lege loquente ſ. 30. 31. & 32.* vbi Weſenbecio etiam reſpondimus, qui ius eo caſu probandum eſſe cenſet, cum illud ab aduerſario negatur. Ex his praemiſſis etiam profluere cenſeo, quod, quando dicunt, iuris ignorantiam nemini prodeſſe; id ſaltem de iure ſcripto, non autem de conſuetudine intelligendum ſit. Facta enim ſcire omnes non poſſumus.

NOVA

NOVA DISTINCTIO.

Inter *Conſuetudinem*, *Obſeruantiam*, *Stylum Curiæ*, ac *Ritum*.

Differt *Conſuetudo* ab *Obſeruantia*, quod ad *illam* actus *plures* requirantur, *hæc* vero *vno* etiam actu contenta ſit, arg. *L. 14. ʃ. 2. ff. de Aliment. & Cibar. legat.* vbi dicitur teſtator ea alimenta viuus *præſtare ſolitus*, quæ vel *vnica* vice, eaque nouiſſima, præſtitit. Sic ſolutione miniſtro creditoris facta, debitor non liberatur, niſi creditor *ſolitus ſit* per eiusmodi miniſtrum credita exigere, ad quod etiam *vnus* actus ſufficit. DN. de BERGER *Oecon. Iur. Lib. 1. Tit. 1. §. 19. Not. 1.* & *Lib. 3. Tit. 15. ʃ. 2. Not. 3.* a *Stylo Curiæ*, quod *illa* circa *definitionem cauſarum*, vel etiam circa actus *extraiudiciales*, *hic* circa *ordinem & modum procedendi in iudicio* verſetur. BLVM. *Proc. Cameral. Tit. 2. n. 22.* B. STRYK. *Diſp. de Stylo Curiæ. cap. 1. n. 43.* Sic iuxta Stylum Curiæ *Iudicii Cameralis* vna *generalis* citatio ad totam cauſam emanat. Sic in Saxonia in cauſis metallicis tantum *viua voce*, non in ſcriptis, adpellatio interponenda. Vid. *infr. Not. ad Lib. 42. Tit. 1. Diſtinct. 1. lit. e.* Sic iuxta Stylum Curiæ in Curia prouinciali Lipſienſi libellus in termino *quod ad verba ſingula* repeti debet, ſub pœna 5 thal. CARPZOV. *Proc.*

Tit. 6. Art. 1. n. 15. seqq. a *Ritu*, qui denotat *solemnitatem*, secundum quam actus celebrandus, v. gr. quod testamentum solemne in scriptis conditum a *septem* testibus *masculis*, iisque *rogatis*, & *vno tempore* praesentibus, subscribi & subsignari debeat. MENOCH. *de Praesumt. Lib. 2. Praes. 8. n. 6.*



LIB. I. TIT. IV.

De Constitutionibus Principum.

DISTINCTIO I.

Inter *Rescripta* & *Decreta*.

Rescripta, quia ad vnius saltem partis instantiam promanant, non transeunt in rem iudicatam, nec intra decendium praecise sunt impugnanda; sed iisdem etiam post illud elapsum, exceptio sub- & obreptionis *A*) opponi & sic eorum effectus

A) Vsu fori exceptio *subreptionis* locum habet, quum in supplicatione *veritas omissa*, *obreptionis* vero quum *mendacium est expressum*. In LL. ciuilibus *differentiam* hanc non adcurate semper obseruari constat

ctus elidi poteſt, *v. tot. tit. C. Epiſtol. comminat. programm.* Brunnem. *Proc. ciu. C. 28 n. 14.* Mev. *P. 1. Dec. 192.* Principis enim voluntas non hæc fuiſſe præſumitur, quod alterum inauditum condemnare velit, ſed potius clauſulam illam: *ſi preces veritate nitantur*, tacite B) inſeruiſſe cenſetur, *l. 7. C. de diuerſ. Reſcript. c. 2. X. de Reſcript.* & iudices, qui vetuerint precum argui falſitatem, decem librarum auri multa puniri iubentur in *l. 3. C. Si contr. ius vel vtil. publ. vel per mendac.* E contrario autem Decreta per remedium ſuſpenſiuum C) intra fatale

[ſtat ex *L. 3. ſ. 3. ff. de Carbon. Edict. L. 1. C. Si Nupt. ex Reſcript. pet.* Add. B. STRYK. *diſp. de Falſitat. prec. Principi oblatar. cap. 2. n. 5. ſeqq.*

B) De Iure *Canonico* hæc Clauſula *tacite* ſubintelligitur per *cit. c. 2.* ſecus de Iure *ciuili*, vbi diſerte inſerenda per *d. l. 7.* Praxis ſequitur Ius Canonicum. B. STRYK. *Vſ. mod. ff. h. t. ſ. 7.*

C) Intelligitur beneficium *ſupplicationis*, cui locus, ſi ob *eminentiam perſonæ* adpellatio ceſſat. Quod remedium *intra biennium* a die latæ ſententiæ, interponi poteſt, licet hoc caſu ſententiæ exſequutionem non ſuſpendat; ſecus ſi intra *decendium* interponatur, vbi vtique exſequutio ſuſpenditur,

tale decendii omnino a viribus rei iudicatae sunt suspendenda, quod & tunc obtinet quando iudex ad normam impetrati rescripti sententiam protulit *D*) Mev. *P. 1. Decis. 244.* v. Carpz. *P. 1. Const. 26. Def. 19.*

DISTINCTIO II.

Inter *Leges* & *Principum constitutiones.*

Haec distinctio ad historiam iuris eo melius intelligendam pertinet, in praxi tamen vsum non praestat. Scilicet *leges* vocabantur, quae in statu democratico reip. Romanae in comitiis populi in campo Martio interrogante Consule: *Velitis*, *iubeatis*, *Quirites*, *Ciues*, ferebantur. Si enim placebat lex a Consule proposita, responde-bat

ditur, nisi pars victrix *satisdationem* praestet *de restituendo* in euentum, vel nisi exsequutio sit *irretractabilis.* BRVNNEM. *Proc. ciuil. cap. 28. n. 114. seqq.*

D) Iuuat paullo clarius rem exponere, nimirum, quod Rescripta Principum *decisiua*, h. e. antegressa sufficienti caussae cognitione, & audita vtraque parte, emissa, vtique in rem iudicatam transeant, nisi aduersus ea, publicatione a Iudice facta, remedium suspensiuum interponatur. CARPZOV. *loc. cit.* de BERGER *part. 1. Resp. 90.*

bat *E*) populus: *Vti rogas*; si displicebat: *Antiquo*, v. Huber. *Digress. P. 1. l. 1. c. 15. n. 2. & l. 4. c. 30.* Vnde descriptio legis Papiniani in *l. 1. ff. de LL. quot sit communis reip. sponsio*, ad eadem tempora referri debet. *Constitutiones* in statu monarchico originem suam ceperunt, postquam Impp. monarchiam non amplius dissimulabant, ab initio enim SCta solum *F*) vocabantur. Hodie siue legem dicas, siue constitutionem, in effectu nihil interest.

DISTIN-

E) Olim *viua voce*, post L. Cassiam in *tabellis*, quarum *alteri* inscriptae litterae V. R. h. e. *vti rogas*, *alteri* littera A, h. e. *Antiquo.* HVBER. *loc. cit.*

F) Impp. enim LL. constituendas *orationibus* complectebantur, quas coram Senatu habebant, vt huic esset censendi arbitrium, qui tamen improbare non audebat, & tunc sequebatur SCtum. Quae obseruatio insignem vsum praestat ad antinomias *adparentes* conciliandas. Saepenumero enim quod in vna Lege *Orationi Ppis* adscribitur, alibi tribuitur *SCto vid. l. 59. & l. 64. §. 1. ff. de R. N. iunct. l. 60. ff. eod. l. 8. ff. de Transact. iunct. l. 23. §. 2. ff. de Condict. indeb. l. 1. ff. de Reb. eor. qui sub tutel. iunct. l. 7. C. de Praed. minor.* Add. BRISSON. *select. antiquit. Iur. ciuil. Lib. 1. cap. 16.*

DISTINCTIO III.

Inter Priuilegia *realia* & *personalia*.

Vsus distinctionis in confesso est. Personalia priuilegia personæ inhærent, *G*) & cum persona extinguuntur, realia autem a persona abstrahunt, & propterea ad quoscunque possessores transmittuntur, e. g. si ædes immunitatem a metatis & contributionibus obtinuerunt: si ius braxandi illis cohæret, &c.

DISTINCTIO IV.

Inter Priuilegia *gratiosa* & *onerosa*.

Priora pro lubitu *H*) reuocare potest Princeps, quia precario comparantur; posteriora non item.

NOVA

G) Ita *regulariter*. Nonnunquam tamen ex L. dispositione vel idem priuilegium *ad alios transit*, vel *effectus priuilegii cum aliis communicatur*, vel propter *necessariam consequutionem* alii eiusdem priuilegii fiunt participes, quæ singula fuse persequitur, ac exemplis collustrat HERTIVS *Disp. de Transit. Priuileg. personal. ad alios*.

H) Hæc adsertio procul dubio obtinet in priuilegiis *ad beneplacitum*, auf Wohlgefal-

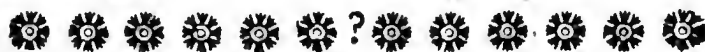
NOVA DISTINCTIO.

Inter Priuilegium *fauorabile* & *odiosum*.

Illud est, quod ad *fauorem* & *commodum* priuilegiati respicit, *hoc*, quum Princeps Pœnam *ordinaria grauiorem* propter exemplum dictat, wenn der Fürst einen exemplarisch strafet *§. 6. I. de I. N. G. & C.* *Hodie*

fallen, concessis, hæc enim vlterius durare nequeunt, quam Principi concedenti id placuerit, per reuocationem autem satis indicat, sibi hoc amplius non placere. Idem dicendum de priuilegiis, quæ *Clausulam reuocatoriam* in se continent, e. g. Jedoch behalten Wir Uns bevor, dasselbe zu verändern, zu vermehren, zu vermindern, oder gar aufzuheben. At si ex tenore priuilegii constet, quod illud *perpetuo* priuilegiato concessum esse debeat, magis est, vt idem pro lubitu reuocari nequeat, quum eiusmodi concessio quam proxime ad donationem inter viuos accedat, quam pro lubitu reuocari haud posse iuris est tralatitii. Vid. KLOCK. *de Contribut. cap. 16. sect. 1. n. 134. seqq.* ENENCKEL Baro *de Priuileg. Lib. 3. cap. 7.* L. B. de LYNCKER *Commentar. ad Ius ciuil. h. t. §. 15.* ZIEGLER. *de Iur. Maiest. Lib. 1. cap. 12. §. 13.*

die priuilegii adpellationem magis de *fauorabilibus* vſurpari recte ſubmonet PAGENSTECH. *Siciliment. ad Lauterbach. Manipul.* 2. §. 29. p. 141.



LIB. I. TIT. V.

De Statu Hominum.

DISTINCTIO I.

Inter *Maſculos* & *Feminas*.

Leuis hæc & ſollicita inquiſitione haud digna videtur eſſe diſtinctio, cum & ruſticis notum ſit, quod homines ratione diuerſi ſexus a ſe inuicem diſtinguantur; verum ſalua res eſt, ſi ad effectus iuris exinde profluentes oculum conuertas. Quæritur enim: *annon alter ſexus præ altero ratione iuris aliquid præcipui habeat?* Vbi quidem primo regula ponenda: quod in dubio vtriusque ſexus eadem ſit conditio, eademque iura. Fœmina ſiquidem non minus ac maſculus dominia; ſeruitutes, hereditates, &c. acquirere, conſtituere atque transferre poteſt, item eodem modo cum maſculis contractus firmiter celebrare valet, & quæ ſunt ſimilia, vnde non ſtatim credendum eſt ei, qui diſcrimen inter vtrumque

que sexum intercedere adstruit, sed hic intentionem suam probare obstrictus est; interim tamen nec hoc diffiteri possumus, ex legum dispositione multas introductas esse differentias. Facile enim patet illi, qui ius nostrum debita cum diligentia perlustrauit, fœminas *interdum deterioris A)* e. g. in testimonio testamentorum, *B)* successione in fideicommissis familiæ, adipiscendis officiis publicis &c. in contractibus in Saxonia, quos sine curatore celebrare nequeunt; *C)* *inter-*

A) Id quod aperte insinuat PAPINIANVS *in l. 9. ff. h. t. In multis iuri nostri articulis deterior est conditio fœminarum quam masculorum.*

B) *Solennium*, in *minus solemnibus* seu *priuilegiatis* vtrique admittuntur, si a solo *testamento rusticorum* discesseris. B. STRYK *de Cautel. Testamentor. cap. 13. §. 14.* In Testamento *tempore pestis* condito *excluduntur* quidem de *Iure Romano*, non vero *bodierno*. IDEM *d. Tr. cap. 11. §. 14.*

C) Hoc generatim adseri nequit, sed distinguendum inter fœminas *nuptas* & *innuptas*. *Hæ*, si maiorennes sint, iure Saxonico *communi* extra iudicium de *omnibus* bonis, RICHTER. *part. 1. Dec. 27. n. 22.* iure Saxonico *electorali* tantum de *mobilibus* contrahere possunt, per CONSTIT. SAXON.

interdum melioris esse conditionis præ masculis, e. g. intuitu ignorantiæ iuris ciuilis, fide-

XON. 15. p. 2. & DECIS. SAXON. 24. neutiquam vero de *immobilibus*, nisi contractus mulieri sit vtilis, vel in præsentia cognatorum, vel cum parentibus aut libb. celebratus, vel mulier sit illustris, regalia habens, vel si eum, qui contractui consensum præstitit, postea tanquam Curatorem confirmari petat, quas limitationes fusius persequitur CARPZ. ad *d. Const. 15. def. 8. seqq. illæ* vero *regulariter* consensu mariti, ceu curatoris connubialis, opus habent, Land-Recht *Lib. 1. art. 31. & 45.* (*Regulariter*, inquam, secus enim est quod ad *negotiationem œconomicam*, vel si mulier de bonis *receptitiis* disponat, de BERGER *Resol. Laut. p. 111.* & *Disp. de Discrim. bonor. vxor. §. 27. seqq.* aut tanquam *mercatrix* contrahat, d. *Const. Sax. 15.*) eiusque solius auctoritas sufficit, nisi 1) vxor *generatim* curatorem ad litem sibi constitui curauerit, 2) cum *ipso marito*, vel in *eius commodum* contrahat, e. g. si res vxoris immobilis alienetur, hoc fine, vt maritus, defuncta vxore, pretium, tanquam rem mobilem, lucretur, quibus casibus vtique consensus curatoris ad litem accedat, necesse est, per *dict.* DECIS. 24.

fideiussionis, &c. Prioris XCI. posterioris XXXVIII. casus recenset Frider. Prukmannus *de differentiis vtriusque sexus*, quos omnes tamen examinare instituti nostri non est. Legi merentur, quae habet Paganinus Gaudentius *intr. de morib. nonnull. seculi Iustin. P. 2. c. 32. & 33.* vbi dicit, Iustinianum fuisse vxorium, eumqe Theodorae Augustae rem gratam facere voluisse, vt commoda mulierum promoueret, quam in rem adducit priuilegia doti concessa, & imminutam quoad mulieres adulterii poenam, v. *Aub. Sed hodie C. Ad L. Iul. de adult.* Patet simul vsus quaestionis: cuinam sexui hermaphroditi accensendi?

DISTINCTIO II.

Inter *Nascituros* & *iam Natos*.

Hi in fauorabilibus sibi inuicem exaequantur, *l. 7. & 26. ff. de Stat. hom.* & sicuti inter natos alteri per alterum iniqua conditio inferri non debet: ita nec intuitu nascitturorum hoc permittitur, vnde non solum poena, sed etiam tortura *D)* tamdiu differtur, donec mulier praegnans pariat, *l. 3. ff. de poen.* hereditas nasciturisdebetur, *l. 3. ff.*

D) Nec non *territio*, quum & ex hac facile sequi possit *abortus*. CARPZ. *Pract. Crim. part. 3. Quaest. 118. n. 62.*

3. ff. §. pars hered. pet. (vbi tamen mirabilis decisio) *E)* non possunt exheredari, praeteriri, *F)* gaudent restitutione ob laesionem, &c. secus est, quoties de oneribus imponendis agitur, haec enim intuitu iam natorum saltem locum habent. Imo nec iam natis indistincte imponi solent, sed adultis demum. Exemplum in capitationibus, vbi communiter ad annum duodecimum, & an quis iam S. coena vsus fuerit, respici solet. Quamuis merito sint reprehendendi nonnulli parentes, qui liberos suos ab vsu S. coenae propterea arcent, vt eo diutius immunitate gaudeant. Quasi vero damnum in rebus terrestribus maius sit damno animae?

DISTINCTIO III.
Inter *Seruos* & *Liberos*.

Haec quin olim maximam vtilitatem habuerit, nemo dubitabit, qui ius Romanum

E) Nimirum, quod si defunctus *vnum* filium ac viduam praegnantem relinquat, *tres portiones* ventri reseruari debeant, quia nasci possunt *tergemini*.

F) Heic tamen inter *natos* & *nascendos* insignis intercedit *differentia*, scilicet, quod praeteritis libb. iam *natis*, testamentum sit ipso iure *nullum*, *postumis* autem *praeteritis*, si hic postea *viui* nec *monstrosi* nascantur, fiat *ruptum*.

num aliquo saltem modo perspectum habet. Hodie adhuc quidem habemus seruos, politice tales, qui operas nobis ex præuio contractu præstant; sed hi non sunt serui in sensu iuris Romani tales, nisi eo adhuc captiuos Turcas forsan referre velis; hominum enim propriorum in Germania longe alia est conditio, quam seruorum apud Romanos. Ast cum & illi Turcæ rari sint, patet exinde, vel nullum, vel admodum exiguum adlatæ distinctionis apud nos vsum esse.

DISTINCTIO IV.

Inter *Ciues* & *Peregrinos*.

Et huius quoque distinctionis nullum amplius apud nos vsum esse, plerique spero, mecum consentient, *G*) vid. Lauter-

G) Etsi quod ad Ius connubii, patriam potestatem, testamenti factionem actiuam & passiuam, nullum huius distinctionis vsum hodie esse facile largior, in vniuersum tamen id adserere nolim. Siue enim vocabulo *peregrini* denotes *incolam*, (conf. CALVIN. *Lexic. h. voc.*) constat eum multis in locis, ad iura commerciorum, pascuorum publicorum, similiaque, vel plane non, vel pari gradu cum ciuibus, non admitti, ZAHN. *Ichnograph.* muni-

terbach *ad h. t.* Exceptis iis locis, vbi nemo ad officia publica admittitur, nisi impetrato iure indigenatus, e.g. in Cliuia, Becmann. *Disp. de indigenatu §. 19.* Illustr. Dn. Stryk. *in not. ad Lauterb. d. l. verb. aliquem vsum*, quibus moribus contrariatur consuetudo in Castellæ regno, in Italia & Gallia quondam vsitata, vi cuius peregrini ciuibus intuitu officiorum præferebantur, vid. Brunnemann. *ad l. 2. C. de Offic. Præt.* Deinde quoque videndum est, an quis olim ciuis fuerit, illudque ius *propter præcedens delictum* amiserit? Hoc enim casu sine dubio

municipal. cap. 90. n. 12. BEYER. *Delineat. Iur. German. Lib. 1. cap. 11. n. 14. seq.* LAVTERB. *Disp. de Domicil. cap. 8. §. 55.* nec ædes eundem adquirere posse, Magdebl. Pol. Ordn. *cap. 16. §. 6.* RESOLVT. GRAVAM. *de anno 1653. & 57.* Tit. Von IVSTITIEN-Sachen *grau. 107.* nec Ius salis coquendi habere, HONDORF. Beschreibung des Saltzwercks zu Halle *cap. 17. p. m. 95.* siue eodem vocabulo intelligas *forensem*, conclamatum est, dispari eumdem cum ciuibus iure vti, cuius rei argumentum præbet hereditas forensi delata, quam is plerisque in locis, nonnisi detracta *gabella*, exportare valet. MEV. *part. 2. Dec. 160.* CRVS. *de Iur. Detract. & Emigrat. cap. 1. n. 12.* SCHILTER. *Diss. de Iur. Peregrinor. §. 41.*

o ille, qui peregrinus factus est, iure com-
iuni cum ciuibus amplius vti non poterit,
juo *banniti* vulgo referuntur. Solent iis
:ommuniter etiam *fustigatos & in perpe-
tuum relegatos* accensere; sed hoc simplici-
ter concedere non possum, quia eiusmodi
relegatis bona sua non adimuntur, quod
olim in deportatione fiebat; sed ea per pro-
curatores administrare possunt, vnde hac-
tenus ius ciuitatis omnino retinent. *H)*
Quid in exteris regnis & prouinciis, v. g.
in Gallia, Polonia, Borussia, &c. ratione
per-

H) Non sat caussæ est, cur AVCTOR heic ex-
pungat *præuia fustigatione in perpetuum
relegatos*. Quamuis enim *bona* ipsis
haud *adimantur*, conclamatum tamen
est, eos perinde vt deportatos, *mediam ca-
pitis deminutionem* pati. B. STRYK. *Vs. mod.
ff. tit. de Cap. Minut. §. 10.* & *Cautel. Te-
stam. cap. IV. §. 49.* DN. de BERGER. *Oeco-
nom. Iur. Lib. 1. Tit. 4. §. 13.* STRVV. *Iu-
rispr. forens. Lib. 1. Tit. 14. §. 4.* proinde-
que amittere *testamenti factionem*, acti-
uam & passiuam, STRYK. *Vs. mod. ff. d. l.*
DN. de BERGER *d. Tr. Lib. 2. Tit. 4. §. 16.*
patriam potestatem, BERGER *d. Tr. Lib. 1.
tit. 3. §. 16.* STRYK. *Cautel. Testament. cap.
3. §. 44.* *Vsumfructum.* de BERGER *d. Tr.
lib. 2. Tit. 3. §. 24.*

peregrinorum obtineat, ad nos in præsenti non pertinet.

DISTINCTIO V.

Inter *Patres* & *Filiosfamilias.*

Huius diſtinctionis maximam eſſe vtilitatem ipſa praxis quotidiana loquitur. Filii familias non condunt teſtamenta, ex mutuo non obligantur, propter SC. Macedonianum, in nuptiis obligantur ad conſenſum paternum impetrandum, cum patribus habentur pro vna perſona &c. Patres ipſis ſubſtituunt pupillariter, eos modice caſtigant, in bonis aduentitiis vſumfructum habent, &c. vid. Dn. ab Andler *Iurispr. publ. & priuat. l. 1. tit. 5. part. 12. n. 5. ſeq.* Vnde non video, quomodo cum ſe ipſo conciliari poſſit Dn. Beier, quando *in poſit. ff. tit. de his qui ſui vel alien. iur. poſ. 1. & 2.* fictionem vnitatis adhuc obtinere aſſerit, poſtea autem *ad tit. de peculio poſ. 25.* de hac aſſertione iterum dubitat.

DISTINCTIO VI.

Inter Liberos *legitimos* & *illegitimos.*

In legitimos liberos pater exercet iura patriæ poteſtatis, neutiquam vero in illegitimos, ſiue per eos naturales, ſiue ſpurios, ſiue ex damnato coitu natos intelligas. Priuile-

ilegiis enim legum non vtitur, qui in legem peccat, *l. 37. ff. de minor.* Pertinet huc, quod liberis legitimis a patre portio legitima ſit relinquenda, illegitimis non item, *I)* quippe qui plane non ſuccedunt, niſi in caſu *Nou. 89. c. 12. ſ. 4. K)*

DISTINCTIO VII.

Inter *Monſtra* & *Oſtenta.*

Oſtenti vox dupliciter quidem capitur, ita vt monſtrum interdum ſub ſe comprehendat; nos tamen illam in præſenti in ſenſu ſpeciali accipimus, ita, vt monſtro opponatur. *Monſtra* vulgo dicuntur, quibus caput humanum deeſt, ex principiis vulgaris philoſophiæ, quæ intellectum tanquam

I) Aliud in *matre*, quæ etiam *illegitimis* libb. legitimam relinquere tenetur, exceptis ex *damnato coitu* natis. B. STRYK. *Caut. Teſtam. cap. 17. Membr. 1. ſ. 8. ſeqq.*

K) Sermo *ibi* eſt de patre, qui decedit non relicta *legitima* prole, vel coniuge, quod tunc libb. *naturales* vna cum matre in *ſextantem* ſuccedant, ita vt mater capiat portionem filialem: Reliquæ *decem* vnciæ cedunt proximioribus defuncti cognatis. BRVNN. *ad Auth. Licet. C. de Natural. liber. n. 4.*

quam directorem voluntatis considerat, eiusque sedem regiam in capite collocat: *Ostenta* vero sunt, quibus natura membra humana vel ampliauit, vel mutauit, vel imminuit, v. g. si quis sex digitos, vel duos saltem habeat, item si aliud aliquod membrum a forma membrorum humanorum recedat, vid. Festus *in voce* portentum et ostentum, Gothofred. *ad l. 38. de V. S.* Quantum vero ad effectum distinctionis attinet, monstra non baptizantur: non succedunt: non rumpunt testamenta, imo, vt vno verbo dicamus, iurium humanorum non sunt capacia, quae omnia in ostentis secus se habent, vid. *l. 14. ff. de stat. hom. l. 10. §. 2. ff. de Aedil. Edict. l. 38. ff. de V. S.* Dauth. *de testam. num. 307. seqq.* conf. Dn. Henr. Christ. Stryk. *Interesse controuers. iur. in for. c. 2: §. 5. sequ.* Ceterum monstra hodie impune non occidi, (quod olim fiebat, vid. Brunnem. *ad l. 14. ff. de stat. hom.*) sed extraordinariae poenae locum esse, ostendit illustr. Stryk. *in Vs. mod. ff. de stat. hom. §. 15.*

LIB. I. TIT. VI.

)e His, qui sui vel alieni iuris sunt.

DISTINCTIO I.

ter Legitimatos *per subsequens matrimonium* & *per Rescriptum Principis.*

)riores liberis legitimis per omnia comparantur, prout ostendit Lauterb. *h. t.* etiam in successione feudali, *A*) nisi nstitutionibus prouincialibus aliud caum fuerit, vt in Marchia, vid. Illustr. Dn. ryk. *Ex. iur. feud. c.* 15. *qu.* 38. *b.* dantur enim

) Sententia AVCTORIS *in Saxonia* est recepta. HARTM. PISTOR. *part.* 2. *Quæst.* 41. *n.* 37. CARPZ. *Ipr. for. part.* 3. *const.* 28. *def.* 17. de *Iure feudali Longobardico* vero contraria *probabilior*, per §. *Naturales.* 2. *Feud.* 26. ibi: *licet postea fiant legitimi.* Et nimis violenta est eorum interpretatio, qui dicta verba explicant, quod *post aliis delatam successionem*, legitimatio nihil prosit. vid. HORN. *Iurispr. Feudal. cap.* 15. *ſ.* 3.

enim ipsis testimonia natalitia, daß Sie aus einem rechten, ehelichen, unbefleckten, ungetadelten Ehebette gezeuget und geboren, Carpz. *P. 2. Const. 6. Def. 15.* Posteriores autem cum liberis legitimis, iam ante existentibus, non succedunt, nisi Princeps ipsis hoc concesserit, vbi tamen semper excepta esse censetur legitima, propter clausulam illam, quæ in omni Principali rescripto subintelligitur: *saluo iure tertii*, vid. Carpzov. *loc. cit. Def.* 27. vid. *Nou. 89. c. 9. & ibi Compend. nostr.*

DISTINCTIO II.

Inter Legitimatos Rescripto Principis *ante & post mortem patris.*

Priores mortuo patre ipsius collateralibus in successione præferuntur, *B*) posteriores non, quia collaterales in momento mortis ius quæsitum obtinuerunt, quod ipsis

B) Hoc intelligendum, si *ad instantiam patris* legitimati. Quodsi enim filius naturalis, *inscio patre*, Principem adeat, ac diploma legitimationis impetret, tunc sane hæc legitimatio valebit quidem *ad effectum abolendæ leuis notæ maculæ*, & consequendi ius *legitimorum natalium*, minime vero *iura successionis* quod ad *bona patris* tribuet. Add. ZIEGLER. *de Iur. Maiestat. Lib. 1. cap. 10. §. 6.*

ipsis iterum auferri nequit. Exceptio est, nisi pater in testamento de legitimatione liberorum disposuerit, *C)* vid. *Nou. 74. c. 2. Nou. 89. c. 10.*

DISTINCTIO III.

Inter Legitimatos *per Oblationem curiæ* & *alios*.

Haec distinctio omnium confessione extra vsum est. vide, quæ diximus *in Compend. Nouell. Iustin. ad Nou. 89. c. 2.*

DISTINCTIO IV.

Inter *Legitimationem* & *Dispensationem super macula natiuitatis, siue illegitimis natalibus.*

Theoretice hæc duo differre facile largior. Legitimatio enim in naturalibus

C) h. e. nisi *in testamento* expresserit, se velle, naturales libb. sibi esse *legitimos successores*, vbi naturales, mortuo patre, testamentum Principi offerre, atque *legitimationem* impetrare possunt, etiam in *præiudicium agnatorum.* Quum enim pater *testamento* agnatos penitus possit *excludere*, vtique testamento cauere potest, vt libb. naturales, impetrata legitimatione, succedant.

bus locum habet, quorum parentes tempore concubitus, in matrimonio viuere potuissent; dispensatio autem ad liberos incestuosos & adulterinos pertinet. Sed in effectu differentiam adesse non puto. *D)* Legitimatus siquidem & dispensatus tantum iuris consequitur, quantum Princeps ipsi concedere voluit. Quid vero prohiberet, quo minus Princeps vtrique idem ius concedere posset? Assertum Couarruuiae *de Matrimon. p. 2. c. 8. §. 8. num. 4. Dispensationem tanquam odiosam esse restringendam, legitimationem vero extendendam*, nullo fundamento nititur, & propterea iam reiectum est ab Illustr. Dn. Stryk. *Vs. modern. ff. b. t. §. 15.*

LIB.

D) Maxime quum hodie liberos naturales, *in sensu iuris R. tales*, non habeamus; concubinatus enim LL. imp. prohibitus, atque adeo omnes libb. extra iustas nuptias procreati, reuera sunt *ex damnato coitu* nati, indeque legitimatio & dispensatio hodie vix differunt.

LIB. I. TIT. VII.

De Adoptione, Emancipatione &c.

DISTINCTIO I.

Inter *Arrogationem* & *Adoptionem.*

Quamuis arrogationes & adoptiones hodie rarius fiant, non tamen omnino nullus huius diſtinctionis vſus eſt, quia interdum adhuc fiunt, vnde in tali caſu præciſe eo reſpiciendum, vt arrogatio ab ipſo Principe confirmetur, ſeu, prout puto, a Regimine, quod Principis perſonam in illa prouincia repræſentat.

DISTINCTIO II.

Inter Adoptionem *plenam* & *minus plenam.*

Plena adoptio dicitur, quando aſcendens aliquem adoptat, v. g. auus nepotem in locum filii, *ſ. 6. I. b. t.* Cur vero hoc faciebant aſcendentes? credo propterea, quia nepotes ex filiis emancipatis, vel ex filiabus, non erant agnati, & ſic neque ſuccedebant. Hodie vero, quia per *Nou. 118.* omne diſcrimen inter filios ſuos & emancipatos ſublatum

tum est, vix dabitur exemplum adoptionis illius plenæ.

DISTINCTIO III.

Inter *Alumnum* & *Adoptatiuum*.

Alumnus dicitur, qui suscipitur, alitur, & instar filii tractatur, priuata tamen autoritate, & sine confirmatione iudiciali: adoptiuus contra, vbi confirmatio magistratus accedit. Prior non succedit, *A)* nisi testamento heres scriptus sit, quamuis etiam, vt heres scribatur, nulla iura exigant. Posterior vero instar liberorum naturalium succedit. *B)* Quod in praxi bene obseruandum, quia plures dantur alumni, quam adoptiui. Conf. Illustr. Dn. Stryk. *Vs. modern. ff. b. t. §. 1.*

DIST.

A) Notanda alia differentia, quod filia *adoptiua* non possit *in vxorem duci*, ne quidem *dissoluta* adoptione, nisi *dispensatio* Principis adcedat. B. STRYK. *ad Brunnem. Ius Ecclesiast. Lib. 2. cap. 16. §. 19.* quod secus in *alumna*.

B) Hoc obtinet in filio *plene* adoptato, qui, instar libb. naturalium, tam ex testamento quam ab intestato succedit; aliud dicendum de filio *minus plene* adoptato, quem pater impune in testamento præterire potest. *L. 10. §. 1. C. de Adopt.*

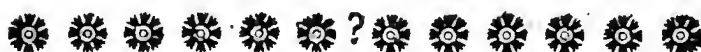
DISTINCTIO IV.

Inter Emancipationem *tacitam* & *expressam.*

Vsum huius distinctionis peculiarem esse putat Frid. Ludou. Hunefeld *de iur. & pot. parent. circ. relig. liber. sect. 1. cap. 1. §. 19.* dum iuxta ipsius mentem, tacita emancipatio liberos non aliter nexui patriæ potestatis eximit, quam quoad ea, quæ his per potestatem illam ratione bonorum grauia sunt, quoad cetera vero iidem in familia, & sui heredes permanent, quam sententiam hausit ex Analectis *ad instit. p. 42. §. 7. inf.* vbi etiam *p. 124. §. 3.* illo exemplo declaratur, quod scilicet *expresse* emancipati ad inofficiosi querelam non admittantur, nisi litem ordinauerint per impetratam bonorum possessionem, bene autem *tacite* emancipati. Verum enim vero cum taciti & expressi vbique eadem habeatur efficacia; nobis de vsu huius distinctionis tam diu dubitare licebit, donec contrarium probatum fuerit, cuius nuda assertio non sufficit. Si ergo tacite emancipati admittuntur ad querelam, cur non etiam illi, qui per expressam emancipationem liberati a patria potestate? *Nou. 118. c. 5.* de successione ab intestato directe quidem loquitur, sed non *solummodo*; ex identitate rationis sublata ibi differentia

inter

inter ſuos & emancipatos ad quoscunque caſus pertinet. Et ſi non pertineret, ex quo fundamento tacite emancipati exciperentur? *C*)



Lib. I. Tit. VIII.

De Rerum Diuiſione & Qualitate.

DISTINCTIO I.

Inter Ius *in re* & *ad rem.*

Tam vtilis eſt hæc diſtinctio, vt eandem fundamentum totius praxeos vocare haud dubitem. Quid frequen-

C) Interim licet hoc exemplum non ſit ad rhombum, ſuppetit tamen aliud, quo vſus diſtinctionis euincitur. Nimirum in emancipatione *tacita* bona aduentitia *pleno iure* libb. a patre ſunt reſtituenda. CARPZ. *Ipr. for. p. 2. Conſt. 10. def. 5.* contra in *expreſſa* præmium emancipationis, quod conſiſtit in dimidia vſusfr. parte, §. *2. I. Per quas perſon. cuique adquir.* adhuc hodie valet HOPP. *ad cit. ∬. 2. Vſ. hodiern.* de BERGER, *Oecon. Iur. Lib. 2. Tit. 2. ∬. 33. Not. 9.* ib. *præiudic.*

quentius est in foro, quam vt actoribus exceptio non competentis actionis opponatur, interdum ex rei veritate, interdum etiam sine genuino fundamento, & tamen nemo de validitate huius exceptionis iudicare potest, nisi qui naturam adlatæ distinctionis probe perspectam habet. Aduocatus ergo, antequam ad conficiendum libellum sese accingit, diligenter examinet, ex quo fonte instituenda actio profluat. Actio nempe ex iure in re proueniens, vt rei vindicatio, hereditatis petitio, actio confessoria, hypothecaria, & de iure canonico etiam remedium possessorium ex *can. redintegranda. c. 3. qu. 1. contra quemcunque possessorem* competit, quamuis nullum nobis cum eo negotium vnquam intercesserit; e contrario autem actio personalis, *ex contractu* proueniens, *contra contrahentem solum eiusque heredes* dirigitur, licet rem petitam non possideant, non vero contra tertium rei possessorem. Actio personalis *ex delicto* hactenus quidem cum actione ex contractu coincidit, quod contra tertium v. g. rei per furtum ablatæ possessorem, non competat, sed in persona delinquentis sit radicata *A*) quasi; in

A) Duo sunt actionum personalium genera, aliæ *absolute & mere tales*, de quibus AVCTOR *heic*: aliæ *in rem scriptæ*, h. e. ori-

in eo tamen ab illa recedit, quod *contra solum delinquentem* detur, *non vero* regulariter *contra ipsius heredes*, quippe qui facta defunctorum honesta, v. g. ex contractibus, præstare quidem tenentur, non vero inhonesta, siue turpia. Duæ tamen sunt exceptiones, *nisi lis contestata fuerit*, & *nisi aliquid ex delicto ad heredes peruenerit*, tunc enim actio ex delicto proueniens etiam contra heredes locum inuenit. Nota hic iterum exceptionem: condictio furtiua indistincte contra heredes competit, *l. 7. §. 2. ff. de condict. furt.* Pertinet huc integer tractatus Illustr. Dn. Strykii *de actionibus forensibus inuestigandis & caute eligendis*, vbi singula fusius proponuntur, quæ repetere limites breuis huius tractatus non permittunt.

DISTINCTIO II.

Inter Res *in commercio* & *extra commercium.*

Vsum huius distinctionis ex ipsis statim vo-

origine & caussa efficiente personales, *obiecto* vero reales, secundum BACHOV. *de Action. Disp. 2. th. 6.* vel clarius, quæ *ex facto* aliquo descendentes, Lege specialim ita disponente, aduersus *quemcunque rei possessorem* dantur, e. g. actio quod metus caussa, noxalis, cetera. STRUV. *disp. de Action. in rem scriptis. Sect. 1.*

vocabulis cognoscere licet. Circa res in commercio existentes quosuis contractus inire permissum est. Eæ vero, quæ sunt extra commercium, *B*) facultatem contrahendi non concedunt, *§. 2. I. de inutil. stipul.* Et hinc licet quis rem sacram, religiosam &c. bona fide & iusto titulo acquisiuerit, vsucapioni tamen locus non est, *§. 1. I. de Vsucap.* Excipe, nisi immemoriali tempore eam possederit, *C*) vid. Illustr. Dn. Stryk. *de act. inuest. sect. 4. membr. 5. num. 180.*

DIST.

B) Scilicet *absolute*, vel saltem intuitu illius, *cui promittuntur*; si enim *solus promissor* commercium earum non habeat, nihilominus valet contractus. *l. 34. ff. de V. O.*

C) Hoc ad res *sacras* restringendum. Quod ad *religiosas* attinet, quum eæ *hodie* non amplius sint extra commercium, sed locus sepulturæ destinatus titulo emtionis, donationis, permutationis, cetera, in alium transferri possit, consequens est, eiusmodi locum etiam *præscriptione*, & quidem *longi temporis*, aduersus *priuatum*, *longissimi temporis* vero, s. *40. annorum*, aduersus *Ecclesiam*, adquiri posse. CARPZ. *part. 3. Dec. 289.* STRYK. *Vs. Mod. ff. Tit. de Religios. §. 33.*

DISTINCTIO III.

Inter Res *sacras* & *ecclesiasticas*.

Res sacræ, vt modo dictum, non præscribuntur, nisi tempore immemoriali; bona autem ecclesiastica concurrentibus reliquis vsucapionum requisitis, 40. annis, *D*) *Auth. Quas actiones. C. de SS. Eccles.* Illæ non alienantur, nisi ob summam *necessitatem*, *E*) cuius exempla passim adferuntur, si pauperes alendi, captiui redimendi, &c. hæc vero ob *vtilitatem* ecclesiæ quoque alienare permittitur, *c. 52. caus. 12. q. 2.*

DISTINCTIO IV.

Inter Res *mobiles* & *immobiles*.

Huius distinctionis vtilitas alia est de iure Saxonico, alia de iure ciuili. In Saxonia

D) Hoc intelligendum de rebus *immobilibus*, respectu *mobilium* sufficit *ordinarium* tempus, scilicet *3 annorum.* vid. B. AVCTOR *Doctrin. Pandectar. Tit. de Vsurpat. & Vsucap. §. 11.*

E) *Duæ* caussæ sunt, ob quas res sacræ alienari possunt, *necessitas*, & *pietas*, ad quam *posteriorem* pertinent exempla ab AVCTORE adlata. *Prioris* exemplum est *vrgens æs alienum.* *Auth. Præterea. C. de SS. Eccles.* BRVNNEM. *de Iur. Ecclesiast. Lib. 2. cap. 2. §. 6.*

nia maritus est heres mobiliaris *F*) vxoris, immobilia cedunt heredibus ab intestato, *G*) vid. Richter *de success. ab intest. sect. 4. membr. 2.* Et ergo vxor de hisce mobilibus testari nequit, *H*) Carpz. *P. 3. C. 7. Def. 4.* Item in Saxonia alienatio rerum immobilium

F) Non tamen nisi post *conscensionem thalami*, licet sine corporum *coniunctione.* CARPZOV. *Ipr. for. part. 3. Const. 19. def. 3.* Excipitur 1) *Gerada*, Land-Recht. *lib. 3. art. 76.* CARPZOV. *Ipr. for. part. 3. Const. 23. def. 14.* 2) *Legitima liberorum*, vel his deficientibus, *parentum*, si vel *nulla immobilia* adsint, vel ad legitimam *non sufficiant.* CARPZOV. *cit. Const. 23. def. 19. & Lib. 6. Resp. 45.*

G) Excipe 1) nisi sint *aestimato* in dotem data, vbi etiam marito cedunt. vid. *infr. Lib. 19. Tit. 3. Distinct. 2.* 2) nisi vxor plane nulla bona mobilia reliquerit, vbi *quarta pars bonorum immobilium* marito debetur. de BERGER *Disp. de Legitima Mariti. cap. 3. §. 6. seqq.*

H) Fallit hoc in *bonis receptitiis*, de quibus vxor, inscio & inuito marito, tam inter viuos quam mortis caussa, libere disponere potest. DN. de BERGER *Disp. de Discr. bonor. vxor. §. 36.* CARPZOV. *Disp. de Bonis receptit. §. 27.*

um iudicialiter fieri debet, nec non oppignoratio, vid. Struv. *Ipr. Rom. Germ. l. 2. tit. 35. §. 9.* secus in mobilibus. De iure ciuili minorum bona mobilia *I*) alienantur sola accedente tutoris autoritate, in immobilibus decretum iudicis præterea requiritur, *t. t. ff. de reb. eor.* Maritus res dotales mobiles alienat quidem, sed non immobiles, *pr. I. quib. alien. lic.* In immobilibus attenduntur leges rei sitæ, in mobilibus statuta domicilii, quod præcipue in concursu creditorum *K*) vsum habet, vid. Brunnem. *de Proc.*

I) Quæ *seruando seruari haud possunt*, aliud in iis, *quæ seruando seruari possunt. l. 22. C. de administrat. tutor.* ib. BRVNNEM. *n. 8.*

K) Imo & in *successione*, in bonis *mobilibus*, enim successio fit secundum statuta loci, *vbi defunctus domicilium habuit*, quo pertinet regula: *Mobilia sequuntur personam*, &, si defunctus in diuersis locis domicilium habuit, heredis est *electio*, secundum cuius domicilii statuta succedere velit; in *immobilibus* vero, itemque mobilibus *certo loco destinatis*, attenduntur statuta *loci rei sitæ*. CARPZOV. *Lib. 6. Resp. 38.* & *39.* & *in Ipr. for. p. 3 Const. 12. def. 15.* STRYK. *de Success. ab intest. Disp. 1. cap. 4. §. 2. seq.*

Proc. Conc. cred. c. 5. ʃ. 68. vbi exemplum. *L)* Immobilia liberant ab onere præſtandæ cautionis, mobilia non, *l. 15. ff. qui ſatisd. cog.* Venditis ædibus omnia debentur, quæ per deſtinationem patrisfamilias earum acceſſoria & ſic etiam immobilia facta ſunt, was Erd-Nied-und Nagelveſt iſt, *M)* Carpz. *P. 2. C. 33. Def. 20.* Mobilia præſcribuntur triennio, immobilia decennio vel vicennio: immobilia retrahi poſſunt ob conſanguinitatem, non autem mobilia, Struu. *Ipr. R. G. l. 3. tit. 11. ʃ. 34.* Quando bona confiſcantur, mobilia cedunt iudici domicilii, immobilia iudici rei ſitæ, *N)* vid. *Capitul.*

L) Quando alio in loco, e. g. Hamburgi, debitor domicilium habet, alio in loco vero, e. g. Lipſiæ, merces eius ibi exiſtentes areſto conſtringuntur, tunc excitato concurſu, creditores non ſecundum LL. Saxonicas, ſed ſecundum *Statuta Hamburgenſia*, ratione illarum mercium, collocantur. Add. CARPZ. *Ipr. for. p. 1. Conſt. 28. def. 9.*

M) Paullo plenius formula illa hunc in modum effertur: Was Erd-Wand-Band-Mauer-Nied-und Nagel-veſt iſt.

N) Quæ diſtinctio quoque locum habet

pitul. Ioseph. art. 26. Schöpff. *Synops. iur. tit. de bon. damn. in fin.*

Reliqui tituli huius libri I. de Magistratibus Romanis agunt, quos adeo cum Lauterbachio aliisque tuto prætermittere licebit.

LIB.

quod ad bona *vacantia.* B. STRYK. *de Success. ab Intestat. Dissert. 5. cap. 1. §. 47.* Hisce adde, quod de Iure *ciuili*, si creditori, ad certam *quantitatem* agenti, nulla hypotheca competat, executio *primum* in *mobilia*, deinde in *immobilia*, & tandem in *nomina* fieri debeat. *L. A. Diuo Pio 15. ff. de Re Iudic.* Add. B. AVCTOR. Einleitung zum *Ciuil*-Proceß *cap. 37. per tot.* Quod secus se habet in *Electoratu Saxoniæ*, vbi Creditoris libero arbitrio relinquitur, vtrum *primum* in *mobilia*, an vero in *immobilia*, vel etiam *nomina* (quorum *iuratam indicationem* simul a reo postulare potest,) executionem fieri malit. *ORD. PROC. RECOGN. Tit. 39. §. 7.*

LIB. II. TIT. I.

De Iurisdictione.

DISTINCTIO I.

Inter Iurisdictionem *voluntariam* & *contentiosam*.

Voluntaria etiam a iudice incompetente, *A*) & extra territorium exercetur, v. g. in insinuatione testamentorum, emancipatione, adoptione, &c. *v. l. 2. ff. de Off. Proconf.* & quos hic allegat Lauterbachius; contentiosa nonnisi a iudice competente; & intra territorium. Hæc quo-

A) Temperanda hæc adsertio, vt valeat in illis actibus voluntariæ ICtionis, qui prorsus *nihil* præter *magistratus auctoritatem* desiderant, e. g. emancipatione, insinuatione testamenti, cetera; aliud de illis dicendum, qui singularem *caussæ cognitionem*, ac interdum *decretum* requirunt, qui vtique non nisi coram *competente* Iudice explicari possunt, e. g. Vnio prolium, interpositio decreti in alienatione rerum pupilli & minoris, cetera. Vid. LAVTERB. *Disp. de Voluntar. Iurisdict. §. 25. & 40.*

quoque regulariter in loco iudicii solum expediri debet, voluntaria in quocunque loco, *vid. §. 2. I. de libert.* vbi de manumissione. Voluntaria exercetur in causa propria, *l. 3. & 4. ff. de adopt.* vnde & Comites Palatini proprios spurios legitimare, item Nobiles coram propriis suis iudiciis testamenta insinuare omnino possunt; sed quoad contentiosam nemo in causa propria *B*) iudex esse potest, ob praeiudicium aduersario inde metuendum.

DISTINCTIO II.

Inter Iurisdictionem *ordinariam* & *extraordinariam.*

Actus extraordinariae iurisdictionis, v. gr. tutoris datio, eius remotio, &c. olim non a quolibet Magistratu expediri poterant, sed specialiter obtinebantur; sed ho-

B) *Exceptio* est quod ad illos, qui *ICtione patrimoniali* gaudent, qui subditos suos coram *propriis* suis Iudiciis conuenire possunt, modo Actuarius *in praesentia* subditorum ad Acta *iurauerit*, & Acta, cumprimis in caussis *arduis*, ad *Collegium Iuridicum* transmittantur. *ORD. PROC. EL. SAX. RECOGN. Tit. 2. §. 3. ORD. PROC. MAGDEB. cap. 1. §. 7.*

hodie ſecus, cum actus ordinariæ & extraordinariæ iurisdictionis in vno eodemque ſubiecto concurrant, conſentientibus omnibus DD. Ex quo conſequitur, vſum huius diſtinctionis in praxi eſſe omnino nullum.

DISTINCTIO III.

Inter Iurisdictionem *perſonalem* & *realem* ſiue *patrimonialem*.

Prior cum perſona exſpirat, nec ad heredes transmittitur: poſterior tanquam feudi acceſſorium quemlibet eiusdem poſſeſſorem ſequitur. Prioris fœminæ non ſunt capaces, ob *L. 2. ff. de R. I.* bene tamen poſterioris, eo ſcilicet caſu, quando ipſius feudi ſucceſſio ad easdem deuoluitur; feuda enim iuri Romano ſunt incognita, & propterea in iure feudali hactenus ad illud prouocari nequit. Addendum & hoc eſt cum Dn. Beiero *in poſit. ff. ad h. t. poſ. 21.* quod mulctæ & alia commoda iurisdictionis cedant ei, qui pollet iurisdictione patrimoniali, non ei, qui habet iurisdictionem iure officii, als welcher Sie zu berechnen ſchuldig, quamuis & hic interdum exceptio eſſe poſſit, præcipue quoad ſportulas, quæ ſæpe loco ſalarii conceduntur Officialibus.

DISTINCTIO IV.

Inter *facti cognitionem*, *seu nudam notionem*, *iurisdictionem in specie*, & *mixtum imperium*.

Nuda notio iudicibus pedaneis competebat, *l. 5. pr. ff. de re iudic.* Iurisdictio autem ordinariis Magistratibus, quamuis & huius diuersi gradus erant, prout Magistratus vel maior vel minor erat. Hæc differentia hodie sine dubio cessat, cum iudices pedanei cessent, & Magistratus nostri cum Magistratibus Romanis comparari nullo modo queant. Inter iurisdictionem & mixtum imperium ipso iure Romano realis differentia non intercedebat, quia semper coniuncta erant hæc duo, *v. l. 1. in f. l. fin. §. 1. ff. de Offic. eius, cui mandat. est iurisd.* sola ergo abstractione differebant, quia iurisdictio facultatem *decidendi*, mixtum imperium autem ius *exequendi* decreta denotabat, & ergo hodie alius vsus illi distinctioni adscribi nequit. Posset equidem fieri, vt adhuc hodie alicui sola decidendi potestas sine imperio concederetur; sed hoc pertineret ad exceptiones, nos loquimur de eo, quod regulariter obtinere solet.

DIST.

DISTINCTIO V.

Inter Iurisdictionem *propriam* & *mandatam*.

Propriam exercet iudex vel ipſe, vel per alium; at vero mandata alteri iterum mandari nequit, *l. fin. pr. ff. de offic. eius, cui mandat. eſt iurisd.* quia perſonæ induſtria eſt electa. Excipitur communiter ab ipſo Principe C) delegatus, *l. 5. C. de Iudic.* Porro iuris-

C) Rationem hanc ex Cuiacio adfert GOTHOFRED. *in not. ad d. l. 5.* quod *delegatus Principis* habuerit *adſeſſores*, *adparitores*, *executores proprios*, inſtar *ordinarii* magiſtratus. Quæ ratio quum *hodie* ad Delegatos Principis in vniuerſum omnes minime quadret, minus adcurate DD. ob *cit. L. 5.* & *c. 27. 43. X. de Offic. & Poteſtat. Iudic. delegat.* generatim cuilibet Principis delegato facultatem ſubdelegandi tribuunt. vid. MARTIN. *ad Ord. Proc. El. Saxon. Tit. 20. §. 6. n. 68. ſeq.* Quin potius diſtinguendum: Vtrum Delegatio facta ſit ab Imp. *perſonis illuſtribus*, Conſiliariis ac Miniſtris inſtructis, an vero ab Imp. vel Statibus imp. *priuatis*. *Illo* caſu ſubdelegatio locum habet. (Vnde etiam plerumque ipſi Commiſſoriali inſeritur Clauſula: Vor Sich oder Ihre *ſubdele-*

iurisdictio propria regulariter in omnibus caussis obuenientibus exercetur; sed in mandata ad tenorem mandati est respiciendum, quo referri potest, quod de commissionibus dici solet, eas esse stricti iuris, & non licere Commissariis limites commissionis excedere, *c. 22. X. de Rescript.* Gail. *lib. 1. Obs. 35. num. 2. & 3.* Carpz. *P. 1. C. 1. Def. 17.*

DISTINCTIO VI.

Inter Iurisdictionem *propriam* & *prorogatam*.

Prior iterum ad omnes causas sese extendit: posterior autem ad eam saltem cau-

delegirte) Idem dicendum, si ad *Vniuersitatem*, e. g. Ciuitatem imp. delegatio directa sit. *Hoc* casu verius, subdelegationem *locum haud habere*, quum ratio paullo ante expromta ad hos (priuatos) non pertineat, nec a Delegatis Pontificis, in singulari dignitate constitutis, ac Ministris vtplurimum instructis, atque adeo subdelegandi potestate pollentibus, ad hos argumentum duci possit; vt taceam, semper, si *priuatis* delegatio facta, *personæ industriam* esse electam. L. B. de LYNCKER *Commentar. ad Ius Ciuil. Tit. de Offic. eius cui mand. ICtio p. 193. seqq.* Ill. DN. BÖHMER *Iur. Ecclesiast. Lib. 1. Tit. 29. §. 14. seqq.*

causam restringitur, in qua prorogatio facta est. Ergo quando is, qui alias sub foro Academico est, coram Senatu oppidano sponte comparet, eiusque iurisdictionem in hac causa prorogat, tunc Senatui, quoad aliam causam, in eundem ciuem Academicum inuitum iurisdictionem exercere non est permissum. Ceterum Statuum subditis hodie iurisdictionem prorogare non licere cum aliis putat Lauterbach. *h. t.* sed hanc opinionem, nulli fundamento superstructam, iam refutauit Illustr. Stryk. *Vs. modern. ff. h. t. §. 24. seqq.*

DISTINCTIO VII.

Inter Iurisdictionem *ciuilem* & *criminalem*.

Maximus huius distinctionis vsus sese exserit in iis locis, vbi alteri ciuilis, alteri criminalis iurisdictio competit, v. g. hic in Saxonia Nobiles interdum priori saltem gaudent, posterior autem Praefectis, denen Amtleuten, Amtschössern, competit, vbi accurate sciendum, quid ad alterutram referatur, ne alter alterius iura inuolet, quod saepe maximis litibus occasionem praebet. Separandum autem hic est ius Saxonicum a iure ciuili. In Saxonia non solum lites ciuiles, sed & delicta leuiora, v. g. Haarrauffen, Nasenbluten, Maulschellen, Zähn-

Zähnbluten, so die Zähn nicht wackeln, &c. ad ciuilem siue bassam pertinent, grauiora autem ad altam seu criminalem, Carpzou. *Pract. crimin. qu. 109. n. 26. 27. 28.* Extra Saxoniam vero, vbi merum ius Romanum obtinet, nullae caussae criminales ad iurisdictionem inferiorem referuntur, Illustr. Dn. Stryk. *d. l. §. 8.* Notat tamen & ipse Carpzouius *loc. cit. n. 38.* hic ante omnia ad consuetudinem vniuscuiusque loci respiciendum esse. Pertinet huc, quod ensis in rixa euaginatus, *D*) si nemo vulneratus fuerit, ad iudicem inferiorem; si vero vulneratio secuta, ad superiorem pertineat, Carpz. *l. c. n. 52.*

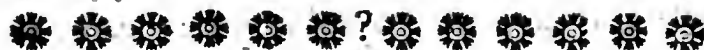
DISTINCTIO VIII.

Inter Iurisdictionem *ecclesiasticam* & *secularem*.

Quia apud Pontificios causae ecclesiasticae Principum cognitioni de facto sunt exemtae, hinc apud eos maximum momentum in hac distinctione positum est. Apud nos eius vsus hac ratione sese exerit, ne iudex

D) Quae sententia ita temperanda, 1) vt *ensis* tantum, non & *vagina*, 2) ensis *proprius*, quem quis strinxit, non vero *alienus*, iudici cedat. CARPZOV. *d. l. n. 53. seqq.*

dex ſecularis Conſiſtoriorum iuribus aliquid detrahat. Conſiſtoria tamen ea etiam ſibi arrogare non debent, quæ ad ius circa ſacra pertinent, v. gr. quando de tolerantia eorum agitur, qui diuerſæ religioni ſunt addicti, &c. hæc enim ipſe princeps per Conſiliarios intimos expedit. Cauſas ad forum eccleſiaſticum pertinentes recenſet Schilter. *Inſt. Iur. Canon. l. 1. Tit. 5. §. 6. ſeqq.*



NOVA DISTINCTIO.

Inter *Commiſſarium* & *Iudicem delegatum.*

Differunt vt *latius* & *anguſtius.* Omnis *Iudex delegatus* ſimul eſt *Commiſſarius*, ſed *non contra.* Quum alicui *notio* & *amicabilis compoſitio*, vel *alterius negotii expeditio*, e. g. *teſtes examinare*, *ocularem inſpectionem inſtituere*, cetera, demandata, dicitur *Commiſſarius*, quum vero *facultas* non tantum *in cauſſa cognoſcendi*, ſed & eandem *plene decidendi* facta, dicitur *Iudex delegatus.* Vid. B. STRYK. *Diſp. de Delegato Principis cap. 1. n. 17.*

LIB.

LIB. II. TIT. IV.

De in Ius vocando.

DISTINCTIO I.

Inter *in ius vocationem Romanam* & *hodiernam.*

In ius vocatio Romana fiebat priuata autoritate, & aduersarius comparere recusans, *A*) obtorto collo ad prætorem rapiebatur, *B*) vid. *Fragm. LL. XII. Tabb. Tit.* 7. *ibique Gothofr. in not.* vnde parentes, omnesque personas, quibus reuerentia debe-

A) Adde: Nec *satisdans*, quod certo die se sistere velit *l.* 5. *§* 1. *ff. Qui satisdar. cog.* Possessores tamen *rerum immobilium* ad satisdationem non erant obligati, dummodo nude promitterent, se stato die in iure futuros. *l.* 15. *pr. ff. eod.*

B) Præuia *antestatione*, citra quam si raperetur, iniuriarum actio locum habebat. IAC. CVIAC. *obseruat. lib.* 7. *cap.* 16. FRANCISC. POLLET. *Histor. Fori Roman. Lib.* 5. *cap.* 1. nisi reus improbus ac intestabilis esset, quem etiam sine antestatione rapi potuisse, post HOPPERVM docet IAC. RAEVARD. *ad LL. XII. Tabb. cap.* 5. *p.* 27. *Opp. Tom. I.*

betur, in ius vocare sine veniæ impetratione non licebat, *l. 2. 4. 6. ff. b. t.* nec de domo sua aliquis extrahi poterat, *l. 18. & 21. eod.* Hodie autem, quia omnis citatio autoritate iudicis suscipitur, & sic reuerentiam non lædit, omnia illa cessant, citationes in domibus recte insinuantur, & contumaces per ministros iudicis ex domo quoque extrahi possunt. Inepte ergo in eiusmodi casibus ad leges Romanas prouocatur, cum & hic sine dubio locum habere debeat illud tritum: mutationem status inuoluere mutationem iuris. Et citatio priuata autoritate facta nullum omnino effectum post se trahit.

DISTINCTIO II.

Inter Citationem *verbalem* & *realem*.

Verbalis regulariter obtinet; sed ad realem iudex inconsulto prouolare non debet, quia famam citati apud honestos viros sugillat, vnde cauti iudices, si indicia non adeo liquida sunt, ante omnia a Collegio iuridico quodam informationem petere solent, ob die indicia zulänglich seyn, daß zur Hafft geschritten werden könne? alias enim iudex nimium facilis actione iniuriarum conueniri potest. conf. Einleitung zum Peinlichen Proceß *cap. 2. §. 4.* Et huic quoque actioni tunc locus est, quamuis aliquis de-

 lictum

lictum atrox commiſerit, quod tamen ad cognitionem iudicis incarcerantis non ſpectat, multa enim hic ſub prætextu quidem publicæ vtilitatis, reuera tamen ex priuato adfectu ſuſcipiuntur, cui probus iudex indulgere non debet. Interim vbi *Ius Cambiale* receptum eſt, ibi facilius ad capturam C) peruenitur.

DIST.

C) h. e. ſi quis ad emiſſam *primam* citationem in propria perſona non compareat, & poſtea quoque, denuo citatus bey Vermeidung anderer Anordnung, contumax ſit, tunc locum habet *realis* citatio. Conf. DN. MENCKEN. *Tractat. Synopt. Proceſſ. Tit. 4. ſ. 1.* Hodie in *Electoratu Saxoniæ* productis, in *originali*, apud Magiſtratum debitoris *competentem*, litteris cambialibus, quarum *dies venit*, etiam *citra* Reſcriptum cambiale, & præuiam citationem, creditor, ratione iuris exigendi, ſi opus fuerit, ſe *legitimans*, petere poteſt, vt debitor *areſto conſtringatur*, &, quum is vel cambium in continenti non *diffitetur*, vel *exceptiones* idoneas non deducit, tamdiu detineatur, donec actuali ſolutione, alioue Creditori acceptabili modo, ſe liberet. vid. *ORD. PROC. RECOGN.* Anhang §. 12.

DISTINCTIO III.

Inter Citationem *priuatam*, & *publicam*, *seu edictalem*.

Idem hic monendum venit. Ad citationem namque edictalem iudex etiam non facilis esse debet, quoniam per eandem quoque fama citati aliquod detrimentum patitur. Vnde si iudex hic excessum committat, eadem, de quibus modo dictum, remedia contra ipsum locum inuenient. Item appellationi locus est, Gail. *1. Obs. 57. num. 1.* Tunc ergo saltem decernitur, quando priuata effectum suum sortiri nequit, e. g. in fugientibus & latitantibus. *D*) v. gr. in causa malitiosæ desertionis, commissi criminis, &c. Item, ob multitudinem citandorum, v. g. in concursu creditorum, *E*) sed tunc saltem

D) Hæc duo *coniunctim* capienda, si enim constet, vbinam locorum desertor vel desertrix degat, non huic *edictali*, sed *subsidiali* citationi locus. B. AVCTOR Einleit. zum *Consistorial*-Proc. *cap. 10. §. 10.*

E) Distinguendum inter Creditores, *de quibus constat*, *vbi degant*, & *de quibus non constat*, illi *priuatim*, vel *immediate*, vel *mediate*, pro ratione circumstantiarum, hi *edictaliter* citandi. B. AVCTOR Einleit.

tem indefinite an alle und jede des Titii Creditores concipitur citatio, conf. Mev. *P. 1. Dec. 258. & P. 8. Dec. 351.*

DISTINCTIO IV.

Inter Citationem *immediatam* & *mediatam*, siue *subsidialem*.

Vſus ſe in modo inſinuandi exerit, immediatam ipſe iudex inſinuari curat, vel etiam actor, v. g. Senatus Hallenſis ciuibus ſuis, quod de regimine etiam procedit, hoc enim quia in cauſis appellationum competentem iurisdictionem exercet, hinc etiam, vt Senatus ſubſidio in illis cauſis vtatur, opus non habet. Secus eſt intuitu Academiæ, item ſi Senatus Hallenſis ciui Lipſienſi citationem inſinuari iuberet, hæc enim nullum poſt ſe traheret effectum, niſi auxilio Senatus Lipſienſis implorato, quippe qui autorita-

zum *Concurs-Proc. cap. 3. §. 3. ſeqq.* quamuis hodie *in Electoratu Saxoniæ*, neglecto hoc diſcrimine, *omnes* Creditores ſimul ſub pœna præcluſi *edictaliter* citandi, iisque regulariter *bini*, at in Concurſibus ſuper *feudis*, & apud *mercatores* emergentibus, *tres* termini Saxonici ad comparendum indulgendi ſint, prout in *Animaduerſ. ad d. cap. 3. ſ. 4. lit. A.* admonui.

ritate ſua interpoſita pondus citationi addere debet. Conſiſtoria in cauſis eccleſiaſticis in toto territorio iurisdictionem exercent, ergo etiam in iisdem nullius ſubſidio Indigent. *F*) Ita ſi alter ciuilem, alter criminalem in eodem loco exercet iurisdictionem, neuter alterius opem implorat, vterque enim pro diuerſitate cauſarum, eſt iudex competens. Et hæc pertinent ad illuſtrationem eorum, quæ Lauterbach. hac de materia tradit *ſub hoc tit.* vid. Franzk. *l. 1. reſol. 18. n. 16.* Carpz. *l. 3. Reſp. 23.*

DISTINCTIO V.
Inter Citationem *dilatoriam* & *peremtoriam.*

In dubio potius dilatoria præſumitur citatio, quam peremtoria, hæc vltima enim ad

F) Exceptio eſt in *Conſiſtoriis Electoratus Saxoniæ*, in quibus *mediata* citatio obſeruatur, ſed ſine mentione verborum: *in ſubſidium.* Vbi tamen notandum, quod hic citationis modus pertineat ad illos, qui *patrimonialem*, non qui *adminiſtratoriam* ICtionem habent, atque adeo a prædictis Conſiſtoriis tantum requirendi ſint Nobiles, & Senatus oppidani, non item Præfecti. Ill. DN. de BERGER *Elect. proc. matrimon. th. 13. ſeqq.*

ad exclusionem iuris tendit, ad quam statim procedere voluisse iudex non est censendus. Quod si quis ergo emansit dilatorie citatus, in expensas quidem condemnari potest, ad priuationem ipsius iuris autem non statim deuenitur, quod secus in peremtoria. Quamuis vero in multis locis, v. g. in Saxonia, Ducatu Luneburgensi, in Pomerania, &c. statutum sit, vt omnes citationes peremtorie fiant; simul tamen tunc obseruandum, quod eiusmodi citatio spatium trium dilatoriarum in se continere debeat, vid. Brunnem. *Proc. Ciu. C. 3. n. 29. 30. 31.* Imo quando de priuatione iuris agitur, vna pro pluribus non sufficit. Mindan. *de Mandat. l. 2. c. 2. num. 21.* Vnde scio, in Saxonia neminem haberi pro confesso & conuicto, nisi iterata citatio *G*) sub expressa comminatione confessi & conuicti praecesserit.

G) Quod *hodie* in Electoratu Saxoniae aliter sese habet, quum in quauis caussa *prima* citatio fieri debeat *sub praeiudicio*, & secundum indolem processus, sub *poena confessi & conuicti*, *recogniti*, *praeclusi*, cetera, ita tamen, vt illa integrum terminum Saxonicum 45 dierum, excluso die insinuationis & termini, continere debeat ORD. PROC. EL. SAX. RECOGN. *Tit. 4. §. 1. Tit. 10. §. 2.*

LIB. II. TIT. VIII.

Qui satisdare cogantur &c.

DISTINCTIO I.

inter Cautionem fideiussoriam, pignoratitiam, & iuratoriam.

Vbicunque olim leges satisdationem requirebant, ibi eadem fideiussoribus præstanda erat, nec pignora regulariter sufficiebant, quia habent certam æstimationem, condemnatio autem & sic futura solutio incerta adhuc est, *l. 1. ff. b. t. l. 7. de prætor. stipul.* quam *l.* 7. Gothofredus *not. ad eand.* minus recte explicat, ac si pignora quidem sufficiant, actor autem ad a danda inuitus compelli nequeat. Hodie vero perinde est, siue fideiussoribus, siue pignoribus aliquis caueat, modo pignora iam habeant æstimationem, vt illud, in quod probabiliter condemnandus est reus, (*) exinde solui possit, tunc enim reuera locum habet, quod vulgo dicitur: plus cautionis in re esse, quam in persona, vid. Carpzov. *P. 1. C. 5. D.* 7. & quos citat Illustr. Stryk. *Vs. mod. b. t. §. 8.* Ad iuratoriam cautio-

(*) Imo potius *actor*, quoniam hodie regulariter cautionem non præstat reus, sed actor. conf. AVCT. *doctr. Pand. b. t. §. 8. seq.*

tionem nemo admittitur, nisi sit probæ existimationis *B*) & non suspectus de fuga, Zanger. *de except. P. 2. C. 21. n. 48.* Carpz. *d. l. def. 9. n. 2.* Addunt nonnulli etiam nude promissoriam in illis, qui immobilia possident, sed hæc non est cautio, sed potius releuatio a cautionis præstatione. *C*)

DIST.

B) Non tamen *omnino* excludendus ab hac cautione pauper, tametsi *non adeo integræ fidei* & inculpatæ vitæ sit, alias enim eiusmodi actor vel in totum *a iudicio repellendus*, vel ob caussam ciuilem & pecuniariam institutam *in carcere detinendus*, quorum neutrum iuris rationi congruit. Nec ab aliis iuramentis ad hanc iuratoriam cautionem firmum argumentum duci potest, quum illa *loco probationis* sint, atque adeo in iurantibus integram fidem & opinionem requirant; iuratoria vero cautio saltem ad *qualem qualem* iudicii securitatem refertur, quæ ita accipienda, vti haberi potest, præstatque *aliqua*, quam *nulla*. MEV. *Part. 9. Decis. 94.* BRVNNEM. *ad Auth. Generaliter. C. de Episc. & Cleric. n. 8. & in Proc. ciuil. cap. 8. n. 14.*

C) Imo veram & genuinam cautionis speciem nudam illam promissionem esse, satis, opinor, patet tum ex *Rubr. ff. h. t.* tum ex §. 2. *I. de Satisdat.* adeo, vt vocabu-

lo

DISTINCTIO II.

Inter cautionem *iudicialem* & *extraiudicialem: ciuilem* & *prætoriam*.

Hæc vſum aliquem non præſtat, niſi vt diuerſi caſus præſtandæ cautionis, item cauſa efficiens eiusdem diſtincte concipiatur. Modus enim præſtandi cautionem vbique idem eſt.

Lib. II. Tit. XII.

De Feriis & Dilationibus.

DISTINCTIO I.

Inter ferias *diuinas* & *humanas*.

Actus in feriis diuinis ſ. feſtis, mobilibus ſiue immobilibus, ſuſceptus, nullitate laborat, licet partes hiſce

lo cautionis *abſolute* poſito, nuda promisſio intelligatur, præterquam ſi circumſtantiæ aliud ſuadeant. *L. 3. C. de Verb. & rer. Signif. L. 33. ∫. 3. C. de Epiſc. & Cler. Nou. 123. cap. 21. ∫. 2.* [HERING. *de Fideiuſſor. cap. 18. n. 27.* quamuis *in praxi*, non tantum extra Saxoniam, (prout AVCTOR *Doctrin. Pand. h. t. ∫. 5.* exiſtimat) verum & in Saxonia, ne nudam quidem promiſſionem ab immobilium rerum poſſeſſoribus exigi, facile largiar. vid. DN. de BERGER *Oecon. Iur. Lib. 4. Tit. 19. ∫. 2. Not. 5.* MENCKEN. *Tract. Synopt. Proc. Tit. 13. ∫. 3.*

feriis renunciauerint, *c. fin. X. h. t.* vnde contra sententiam, vel decretum, die dominica, vel alio die festo promulgatum appellatione opus non est, sed querela nullitatis competit. Quantum vero ad humanas ferias attinet, partes iisdem omnino renunciare possunt, *A*) siue sint vrbanæ, siue rusticæ, inter eas enim hactenus non est differentia, *d. c. X. h. t.* & tunc id, quod gestum est, eatenus subsistit, vt is, qui se grauatum putat, remedia suspensiua adhibere teneatur. Permittuntur tamen in feriis diuinis actus voluntariæ iurisdictionis, *B*) & vbi periculum in mora, v. gr. in tumultu, si pax publica læditur, *l. 10. C. h. t.* quo pertinet etiam casus *l. 3. h. t.* vid. *c. 3. X. eod.* In feriis humanis

A) Modo & *Iudex* consentiat, quum & in eius fauorem hæ feriæ introductæ. ANT. TESSAVR. *Dec. 93. n. 3.* GREVEN *Concl. 53. Consid. 2. n. 24.*

B) Placet distinctio inter actus voluntariæ ICtionis, qui *caussæ cognitionem* requirunt, & qui *nullam* desiderant, *illi* hisce diebus expediri non possunt, *arg. l. f. §. 1. C. h. t.* bene tamen *hi*; licet *rectius* facere videantur, qui & ab his actibus in feriis diuinis abstinent, nisi *periculum sit in mora.* LAVTERBACH. *Disp. de Voluntar. Iurisdict. §. 52.* DN. de BERGER *Oecon. Iur. Lib. 4. Tit. 14. §. 2. Not. 4.*

manis quæcunque caufæ criminales peraguntur, & vbi alias periculum in mora eft, vid. Lauterbach. *h. t. ibique alleg.*

DISTINCTIO II.

Inter ferias *vrbanas* & *rufticas.*

Rufticæ omnibus profunt, etiamfi meffe, aut vindemia non fint occupati: vrbanæ autem ad folos mercatores *C*) pertinent, non

C) Recte monet BRVNNEM. *Proc. ciuil. cap. 6. n. 24. feqq.* has regulas effe *inuertendas*, quum curfus mercimoniorum non *venditores* folum, fed & *emtores promifcuos* requirat, *meffis* vero negotia iis folummodo incumbant, qui *operi ruftico* funt addicti. Add. B. STRYK. *Vf. mod. ff. h. t. §. 13.* In *Marchia Brandenburgica* feriæ *meffium* indiftincte *omnibus* profunt. Cammer-Gerichts-Ordn. *Tit. 2. §. 7.* Contra in *Ducatu Magdeburgico* in iudiciis inferioribus, hæ feriæ faltem illis, *qui meffe occupati*, profunt. Verbeß. Magd. Proc. Ordn. *cap. 2. §. 1.* In *Electoratu Saxoniæ* feriæ *humanæ* prorfus non attenduntur, exceptis *feriis Lipfienfibus & Naumburgenfibus nundinalibus*, quæ etiam in *cambialibus*, nifi illis expreffe renunciatum fuerit, obferuandæ. ORD.

non vero ad reliquos ciues, vid. Gothofred. *ad l.1. pr. ff. h. t.* Carpz. *P.1.C.3. Def.22.* it. *Const. 30. Def. 24.*

DISTINCTIO III.

Inter Ferias *ordinarias* & *repentinas*.

Feriis humanis ordinariis renunciare pro lubitu possunt partes, ex principiis vulgaribus; at vero licet omnibus renunciauerint, hoc tamen ad repentinas non extenditur, Lauterbach. *hic.* renunciatio enim ad non cogitata nec præuisa non extenditur.

DISTINCTIO IV.

Inter Dilationem *citatoriam*, *deliberatoriam*, & *probatoriam*.

Deliberatoria hodie non amplius datur, postquam libellus eique adiuncta documenta *D*) statim cum citatione aduersario trans-

ORD. PROC. RECOGN. *Tit. XI. §.5.* vbi tamen adnectitur exceptio intuitu pagorum, daß die Gerichtstäge ausser der Saat- und Erndte-Zeit gehalten werden sollen.

D) De adiunctione documentorum, eorumque transmissione in *cit.* §. *34.* nihil habe-

transmittuntur, & sic illa ipsi citatoriæ iam inest, *v. Rec. Imp. nouiss.* §. dieſem nächſt 34. *in fin.* Putat quidem Brunnem. *in Proc. ciu. c. 3. n. 13.* tunc eam adhuc hodie peti posse, si libellus non fuerit communicatus, sed ad hoc nemo adstringitur, quin potius eo casu exceptio non communicati libelli meliori iure opponitur. Remanet itaque citatoria, & probatoria, de quibus notandum, quod probatoria semper sit peremtoria, *E*) non autem citatoria. vid. Gail. *l. 1. Obs. 91. num. 1.*

DISTINCTIO V.

Inter Dilationem *legalem*, *conuentionalem* & *iudicialem*.

Vsus hic nullus est, nisi vt diuersa harum dilationum causa efficiens cognoscatur. Hoc vnicum saltem notandum, *F*) quod

habetur, sed in §. 35. & 45. *d. Rec. arbitrio actoris* relinquitur, vtrum *documenta* libello *mox adiungere*, an verò *postea* producere velit. Add. TEXTOR *ad d. Rec. Imp. Disp. IV.* §. 15.

E) Ita vt ne quidem opus sit *contumaciæ adcusatione.* MEV. *part. 7. Dec. 36.*

F) Hoc quoque notandum, quod *dilatio conuentionalis* admodum vtilis sit illis, qui celeri processu se expedire cupiunt, &

quod ea species legalis dilationis, quæ ad interponendam appellationem, aliaque remedia suspensiua conceditur, a iudice prorogari nequeat, quod secus est in reliquis. Illustr. Stryk. *introd. ad prax. c. 23. §. 5.*

DISTINCTIO VI.

Inter Dilationem *primam*, *secundam* & *tertiam*.

Dilationes, quia ad defensionem non parum conferunt, merito fauorabiles habentur; simul tamen, quia optima etiam remedia abusui sunt obnoxia, iudex in iis concedendis debitam circumspectionem adhibere debet. Fluit hinc vsus practicus adlatæ distinctionis. Scilicet prima dilatio ad nu-

& quod illa a iudice *minus prorogari possit*, quoniam ius ex pacto parti quæsitum non est in arbitrio iudicis. B. STRYK. *Introduct. ad Prax. forens. c. 8. §. 3.* Quum vero heic limites officii sæpius iudices excedant, cautelam commendat B. STRYK. *d. l.* Vt pacto & illud caueatur: *Terminum illum debere præclusum esse, ita vt nullus prorogationi iudiciali remaneat locus.* Vel, si adeo rigide se arctare nolint litigantes, exprimant: *Non plus quam semel prorogationem petendi ius esse debere.*

nudam fere impedimenti allegationem *G*) conceditur, Carpz. *de Processf. tit. 13. art. 1. num. 168. seqq.* in secunda concedenda non aeque facilis esse solet iudex, nisi impedimentum summarie doceatur: tertia (olim quarta) non conceditur, nisi cum solemnitate legali, id est, praestito iuramento calumniae, & accedente causae cognitione, nec non plena impedimenti probatione, *vid. Recess. Imp. nouiss.* §. den *punctum probationis.* 50. Brunnem. *Proc. Ciu. C. 6. num. 9. seqq.* Si procurator eam petit, speciale mandatum *H*) re-

G) *Hodie* in *Electoratu Saxoniae* ne *prima* quidem dilatio *citra demonstrationem necessarii impedimenti*, *secunda* nonnisi cum *solemnitate legali*, *tertia plane non* concedenda, & si *de facto* illa concessa, vel *secunda* sine *solemnitate legali*, vtroque casu dilatio *nulla*, probatio vero *deserta* declarari debet. ORD. PROC. RECOGN. *Tit. 20.* §. *3.* vbi §. *4.* *exceptio* additur intuitu personarum, *beneficio restitutionis* gaudentium, quibus *prima* dilatio *citra demonstrationem necessarii impedimenti*, *altera* sine *solemnitate legali*, *tertia* vero *cum solemnitate legali* concedenda.

H) Haec sententia dubia, nec MEVIVS *loc. cit.* de *dilationis petitione*, sed *iuramenti prae-*

sta-

requiritur ab omnibus litis consortibus subscriptum, Mev. *P.5. Dec.391.*

DISTINCTIO VII.

Inter *Prorogationem* & *Dilationem.*

Vsum distinctionis post *Recess. Imp. nouiss.* *§. 50.* in eo ponit Illustr. Stryk. *Vs. mod. ff. h. t. §. 19.* quod prorogatio termini semper ante eius lapsum sit petenda, secunda autem dilatio etiam prima elapsa, imperrari queat, idque propter verba *d. Recess.* daß nach Verfliessung des ersten *termini probatorii* oder ersten *dilation* die zweyte *dilation* ertheilet werde; Praxis tamen hic est in contrarium, vt idem Vir illustris notat, iuxta quam etiam secunda dilatio ante lapsum primæ petenda erit.

statione loquitur. Ita enim habet Rubrum *dict. dec. Sine mandato speciali procurator non admittendus est AD IVRAMENTVM pro tertia dilatione.* Cuius ratio in propatulo, quoniam *in animam* alterius, sine *speciali mandato*, iuramentum non præstatur. *c. 5. de iuram. Calumn. in 6.* SVENDENDÖRFF. *in Proc. Fibig. p. 610.* DN. GRIBNER *Disp. de Mandat. special. §. 18.*

LIB. II. TIT. XIII.

De Edendo.

DISTINCTIO I.

Inter Libellum *simplicem* & *articulatum.*

Prior vbique admittitur, posterior non item, quippe qui in Saxonia, nec non in Camera Imperiali, semper reiicitur, idque propter multas disputationes, quæ super releuantia, aliisque articulorum qualitatibus, oriri solent, *Rec. Imp. nouiss.* §. Dieſemnächſt nun *34.* & §. zu Beforderung *64.* Berlich. *P. 1. Concl. 12. num. 3.* Carpzou. *P. 1. Const. 2. Def. 1.* Mores prouinciarum extra Saxoniam variant. In plerisque tamen libellus articulatus in ciuilibus non admittitur.

DISTINCTIO II.

Inter Libellum *ciuilem* & *criminalem.*

Libellus ciuilis speciali petito opus habet, alias tanquam ineptus reiicitur; ast in criminalibus generale sufficit: den Angeklagten denen Rechten nach, mit gebührender Strafe anzuſehen, vid. Weſenbec. *Parat. ff.*

de accusat. num. 12. Criminalis adhuc articulatus esse solet, *A*) ciuilis non; Illustr. Dn. Stryk. *introd. ad prax. forens. c. 7. §. 2.*

DISTINCTIO III.

Inter Libellum *ordinarium* & *summarium.*

In vtroque requiritur facti narratio, & petitum speciale, differunt tamen in eo, quod ordinarius semper in scriptis offerri debeat, summarius non item, *Clem. Sæpe. de V. S.* & quod in summario non attendatur ineptitudo forsan admissa, modo constet quadantenus, quid actor velit. Scaccia *de Iudic. lib. 1. c. 50. num. 16.* Brunnem. *Proc. ciu. c. 5. num. 13.* nec puto in summario omnibus clausulis opus esse, quæ libello ordinario ex consuetudine locorum inseri consueuerunt. De diuerso petito. vid. *Doctrin. ff. h. t. §. V.*

DIST.

A) In *Electoratu Saxoniæ* non admittitur; quamuis si adcusator probationem sibi per torturam adcusati faciendam referuet, *indicia* libello *articulatim* subnectere liceat, quibus non minus, quam ipsis libelli narratis, adcusatus respondere tenetur. CARPZ. *Ipr. for. part. 1. Const. 2. Def. 3.*

DISTINCTIO IV.

Inter Libellum *conuentionalem* & *reconuentionalem*: *primæ* & *secundæ instantiæ*.

Has species non aliter, nisi ratione diuersarum causarum & instantiarum differre puto. Quantum enim ad essentialia libelli pertinet, hæc vbiuis eodem modo obseruari debent, nisi quod in libello secundæ instantiæ formalia, v. gr. appellationis, &c. semper iustificari debeant, prout practici loquuntur.

DISTINCTIO V.

Inter causam petendi *proximam* & *remotam*.

Vsus distinctionis non exiguus deprehenditur circa libellum rite formandum, adeoque vere practicus. Scilicet actiones institutæ vel superstruuntur iuri in re, vel ad rem, & propterea sunt vel reales, vel personales. In realibus causam *proximam* (siue *generalem*, vt aliqui malunt) exprimere sufficit, v. g. in rei vindicatione, *quia sum dominus*: in hereditatis petitione, *quia sum heres*: in confessoria actione, *quia mihi seruitus est constituta*: in hypothecaria, *quia mihi res oppignorata*: in interdi-

ctis retinendæ vel recuperandæ possessionis, *quia sum, vel fui in possessione.* Ast in personalibus causam *remotam* (seu *specialem*, iuxta alios) adducere oportet. Ergo non sufficit, si dicam: *Peto Titium condemnari, quia mihi centum debet ex contractu, vel delicto;* sed ita medius terminus formandus: *quia mihi centum debet ex mutuo, ex emto, ex locato, societate, &c.* item *quia me iniuriis affecit, quia damnum mihi intulit, rem mihi furto abstulit; &c.* Hæc ita quoad regulam iuris. Quod si enim de prudentiæ regulis solliciti sumus, in realibus quoque vtile est, vt causa *remota* inferatur libello, *v. g. sum dominus ex præcedente emtione, donatione: sum heres ex pacto, ex testamento, ab intestato: constituta mihi est seruitus per contractum emtionis, donationis, in testamento; oppignorata mihi est res propter mutuum, propter residuam partem mercedis, &c.* quamuis enim tunc causam illam remotam forsan probare nequeam, ad aliam tamen reuerti possum, e.g. dixi, me esse dominum ex emtione, sed succubui in probatione; possum me dicere dominum ex donatione, permutatione, &c. & processum denuo inchoare; exceptio enim rei iudicatæ mihi non obstat, quoties ex noua causa ago. Ast si libellum generaliter formaui, solam causam proximam adducendo, & tamen probare non potui, sed alter absolutus

lutus fuit; tunc si de nouo agere velim, exceptio rei iudicatæ mihi obstat, quia omne ius meum iam semel in iudicium deduxisse videor. vid. Obrecht. *de libell. c. 11. n. 68. 70.* Brunnem. *de Proc. ciuil. c. 5. num. 6.*

DISTINCTIO VI.

Inter *Mutationem* & *Emendationem* libelli.

Prior fit in ipsis substantialibus libelli, v. g. in causa petendi: posterior saltem in accidentibus, v. gr. circa quantitatem petitam, fructus, expensas, &c. Prior permittitur solummodo vsque ad litis contestationem, posterior vero vsque ad sententiam ipsam, seu, quod rectius videtur, vsque ad causæ conclusionem, Meu. *ad Ius Lubec. P. 5. tit. 3. Art. 1. n. 5. & 6.* Illustr. Dn. Stryk. *introd. ad prax. for. c. 7. §. 12.* in Saxonia vsque ad præstitam guarandam *B*) libellum mutare

B) *Hodie* in Electoratu Saxoniæ *præstatio guarandæ* prorsus *abolita.* ORD. PROC. RECOGN. *Tit. 12.* Quod ad facultatem *mutandi libellum* vero distinguitur: Vtrum actor circa *modum agendi* vel *probandi* eundem mutare velit, & hoc licet, vsque dum *sententia* super L. C. lata *in rem iudicatam* transiit, refusis tamen reo

re licet, Zanger. *de Except. P. 2. C. 21. n. 70.* Ceterum obseruaui, multos DD. vocabula *emendationis* & *mutationis* promiscue sumere, & sic nec emendationem post litem contestatam permittere, v. Meu. *d. l. item num. 1.* a qua tamen confusione merito abstinendum.

DISTINCTIO VII.

Inter Libellum *generalem* & *specialem*.

Posterior regulariter locum habet, prior non, nisi in actione vniuersali, & generali, v. g. hereditatis, & dotis, pro socio, tutelæ, &c.

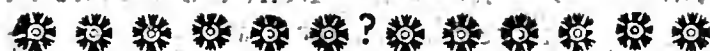
DISTINCTIO VIII.

Inter Libellum *simplicem* & *alternatiuum*.

Posterior non admittitur, nisi in obligatione alternatiua, v. gr. si ex *l. 2. C. de resc.*

expensis; an vero libellum mutare velit *in substantia*, puta, *in caussa petendi*, vel *in ipsa re*, & hæc mutatio, refusis reo expensis, *semper* permissa, ita tamen, vt ob protractionem litis, actor cum aduocato *ad mulctam* 10 vel plurium thalerorum condemnari possit. ORD. PROC. RECOGN. *Tit. 5. §. 9.*

resc. vend. agitur, item in causis mercatorum, *C*) & criminalibus, *D*) vid. Lauterbach.



LIB. II. TIT. XIV.

De Pactis.

Cum apud omnes, ni fallor, in confesso sit, ea quoque pacta, quae apud Romanos nuda vocabantur, firmam hodie producere obligationem & actionem; hinc inutile esse censeo, vt omnes pactorum distinctiones, quas Lauterbachius, Franzkius, aliique plures, magno conatu adferunt, in specie percurramus. Nobis hoc vnicum dixisse sufficiat, in vsu praxeos nihil interesse *A*) inter pacta nuda, legiti-

C) Quia heic cessant apices iuris, & omnia ex bono & aequo sunt decidenda. CARPZ. *Ipr. for. part. 1. Const. 2. def. 10.*

D) h. e. adcusator *alternatiue* potest petere, vt vel *condemnetur* adcusatus, vel *torturae subiiciatur.* CARPZ. *Prax. Crim. part. 3. Quaest. 106. n. 25.*

A) Nihil omnino interest respectu *obligationis*, plurimum vero respectu *actionis* inde-

gitima, adiecta in continenti, & ex interuallo, b. f. aut ſtricti iuris contractibus, item, ſiue aliquid mutent circa eſſentialia, aut naturalia contractuum. Item nullam eſſe in effectu differentiam inter reales, *B*) conſenſuales, & verbales, nominatos & innominatos contractus. De chirographario ad titulum de rebus creditis dicemus. Ceſſat quoque differentia inter contractus b. f. & ſtricti iuris, quia iudicem pedaneum, cuius intuitu illa differentia obtinebat, amplius non habemus. Eam tamen, quæ inter

veros

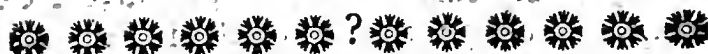
inde oriundæ. Ex pacto *nudo* enim competit *condictio ex moribus*, ex *legitimo*, condictio *ex Lege*, ex pacto *in continenti* contractui adiecto, actio ex *contractu*, ex *poſt interuallum* adiecto, eadem, quæ ex pacto nudo hodie datur. B. STRYK. *Vſ. mod. ff. h. t. ſ. 3. ſeqq.*

B) Hæc verba caute intelligenda, ne quis exiſtimet, contractum realem perinde vt conſenſualem, hodie *ſolo conſenſu* perfici. Differunt enim adhuc hodie *pactum de mutuando*, & ipſe *contractus mutui*; ex *illo* quippe *condictio certi ex mutuo* non datur, bene tamen ex *hoc*. Quamuis ex pacto de mutuando promittens *hodie* valide obligetur, perinde ac ſi contractus conſenſualis eſſet initus. B. STRYK. *d. l. ſ. 4.*

veros & quaſi contractus intercedit, differentiam adhuc omnino agnoſcimus, quia in quaſi contractibus etiam illi, qui conſentire nequeunt, vt furioſi, pupilli, &c. ex æquitate obligantur, ex conſenſu non tacito, ſed præſumto, ſiue ficto, quamuis hæc duo a nonnullis male confundantur. C) Conf. hic Illuſtr. Dn. Thomaſius *in Diſp. Lipſ. de Philoſophia Iuris cap. 3. §. 131. ſeqq.* & Exc. Dn. Ioh. Sam. Strykius *in pecul. Diſſ. de Proceſſu Iuris Romani antiquo*, paſſim. Diſtinctio denique inter pacta iudicialia & extraiudicialia peculiarem vſum non præbet, cum vtraque eandem vim obligandi habeant, niſi forſan dicere velis, iudicialia maio-

C) Differentia inter *tacitum* & *præſumtum* conſenſum in hoc ſe exſerit, quod conſenſus *præſumtus* conſtituatur *vi & auctoritate Legis*, ex æquitate, *tacitus* vero colligatur vel ex *facto proprio*, vel *alieno*, quod fit in re noſtra, nobis ſcientibus, quod prohibere poſſumus, non tamen prohibemus. ENGELBRECHT *diſp. de Conſenſ. tacit. §. 3.* Tu notes velim regulas: *Quicunque ob impedimentum intrinſecum non poteſt conſentire expreſſe, is nec poteſt conſentire tacite*, &: *Cuiuscunque non eſt conſenſus expreſſus & tacitus, illius tamen eſt conſenſus præſumtus.*

maiorem pro se iustitiæ præsumtionem habere, quam extraiudicialia; sed tamen & hæc in dubio iusta præsumuntur.



LIB. II. TIT. XV.

De Transactionibus.

Distinctio inter transactiones, quæ fiebant nudo pacto, stipulatione, & per contractum innominatum; magnum in praxi fori Romani vsum habebat, sed apud nos ex modo dictis *ad tit. præced.* sua sponte corruit.

DISTINCTIO I.

Inter Transactionem super delictis *capitalibus & non capitalibus, publicis & priuatis.*

Super capitalibus transigere indistincte licet, *A*) ita vt nec accusator propterea pœ-

A) Imo non indistincte, sed excipiendum *crimen perduellionis*; quum enim per *L. 5. §. 6. C. Ad L. Iul. Maiest.* sola scientia & reticentia huius criminis reatum inuoluat, non vero sit simile, transigendi facul-

pœnam incurrat, *B*) nec reus crimen confiteri videatur, *l. 18. C. h. t. l. f. ff. de præuaricat.* Secus in non capitalibus, vbi actor transigens tanquam falsarius, & reus tanquam confessus punitur, *d. d. L. L.* In priuatis eadem pœna reo transigenti dictatur, & infamiam per consequens incurrit, *l. 4. §. 5. & LL. seqq. ff. de his qui not. infam.*

facultatem adcusatori concessam esse. Consent. ANT. MATTHAEI *de Crimin. lib. 48. Tit. 19. c. 7. n. 14.* ZOES. *ad ff. h. t. n. 41.* BRNNNEM. *ad L. 18. C. h. t. n. 10. seq.* HUBER. *Prælect. ad ff. h. t. §. 5.* SCHILTER. *Prax. Iur. Rom. Ex. 9. §. 27.*

B) Scilicet, si transigat *ante* adcusationem institutam, secus si *post*, tunc enim incidit in pœnam SCti Turpiliani, *l. 1. §. 7. l. 10. ff. Ad SCtum Turpil.* in quod incidunt omnes, qui *non impetrata abolitione*, ab adcusando desistunt. Transactio autem non est iusta abolitionis impetrandæ caussa. *l. 2. C. de Abolit.* ANT. MATTHAEI *dict. Tit. 19. cap. 7. n. 6.* WISSENBACH. *ad ff. part. 1. Disp. 10. th. 13.*

Lib. III. Tit. I.

De Poſtulando.

DISTINCTIO I.

Inter Aduocatos *priuatos* & Aduocatos *fiſci*.

Aduocato fiſci certum ſalarium a Principe conſtitui ſolet, quo pertinent etiam illi, qui caſus domaniales reſpiciunt, die Cammer-Advocaten, Cammer-Conſulenten, &c. Secus eſt in aduocatis priuatis, qui de honorariis, a clientibus ipſis oblatis, vnice viuunt. Aduocatus fiſci non iurat de calumnia, Gail. *1. Obſ. 90. num. 4.* bene tamen aduocati priuati. *A)* *ʃ. 1. I. de pæn. tem. litig. Rec. Imp. nouiſſ. ʃ.* über dieſes. *43.* Aduocati fiſci excuſantur a tutela, *B) ʃʃ. 1. I. de Excuſat. Tutor.* quod priuilegium priuatis etiam aduocatis indultum eſſe

A) Vid. notand. *infra Lib. 12. Tit. 2. ad diſtinct. 9.*

B) Hæc ſententia dubia, quoniam in *cit.* §. *1.* ſermo eſt de illis, qui *res fiſci adminiſtrant*, quod non poteſt extendi ad *aduocatos fiſci*, qui *iura* fiſci ſaltem tuentur. Conſent. B. HOPP. *add. ʃ. 1.*

esse nullibi in iure deprehendo. Reliqua e. g. quod sportulas non soluat, &c. magis sunt priuilegia fisci, quam eius aduocati.

DISTINCTIO II.

Inter Aduocatos *ordinarios* & *supernumerarios*.

Distinctio hæc alias manifestum habet vsum, quando ad illa officia applicatur, quæ certum salarium adnexum habent, tunc enim supernumerarii a perceptione eiusdem excluduntur. Ast inter Aduocatos ne ordinarii quidem salarium percipiunt, ergo hæc differentia sine dubio cessabit. Et cum in illis foris, quæ mihi cognita sunt, supernumerarii non minus, quam ordinarii, ad suscipienda causarum patrocinia admittantur; hinc nullum fortassis vsum habebit adlata distinctio, nisi vt Aduocati diuerso titulo ab inuicem discernantur. Titulo enim *Aduocati ordinarii* admodum delectantur nonnulli homines, etiam in iis locis, vbi tamen nec ordinarii, nec extraordinarii deprehenduntur.

LIB. III. TIT. II.

De His, qui notantur infamia.

DISTINCTIO I.

Inter Infamiam *iuris* & *facti*.

Vsus in eo latet, (1) quod infamia iuris a lege etiam propter *vnicum* factum irrogetur, vnde qui semel furtum, rapinam, falsum &c. committit, eandem iamdum incurrit; sed infamia facti *plures* actus *A*) requirit. Hinc qui semel ebrius est, nondum notatur a grauibus viris, sed qui ebriosus: non filius, qui semel reuerentiam

A) Hanc assertionem sæpenumero fallere, inde patet, quod infamiam *facti* incurrat, qui cum cauponis ancilla concubuit, *L. 25. 29. C. Ad L. Iul. de Adult.* qui ex caussa famosa per procuratorem condemnatus, *L. 2. ff. de Obsequ. par. & patron. præst.* qui interdicto de vi condemnatus, *L 1. §. 43. ff. de Vi & vi armat.* qui condictione furtiua condemnatus, *L. 36. ff. de Obl. & Act.* CLVD. *de Condict. furtiu. cap. 3. n. 29. seqq.* quibus casibus tamen *plures* actus requiri nemo dixerit.

tiam patri denegat, sed qui pertinax: non mercator, qui semel laute viuit, sed qui laute viuendo maximam partem substantiae suae consumit, &c. Deinde (2) vsus se exserit ratione probationis. Infamia iuris per duos testes probatur; sed ad probandam infamiam facti plures requiruntur, *B*) qui dicant, se a pluribus ac maiore parte viciniae, & non vno tempore, neque loco; sed saepius audiuisse, hunc hominem male audire apud honestos viros, quamuis ad causam infamiae facti probandam duos quoque sufficere statuant, vid. Wesenbec. *Parat. ff. h. t. num.* 7. Brunnem. *in Repet. parat. h. t. qu.* 37. Denique (3) diuersitas in effectu sese ostendit. Infamia enim iuris etiam a dignitatibus susceptis infamem remouet, & testi-

B) Hoc WESENBEC. *l. c.* non dicit, & *duos* tam ad *iuris* quam *facti* infamiam probandam sufficere, tradunt MASCARD. *de Probat. Vol.* 2. *Conc.* 895. *n.* 2. FARINAC. *Opp. Crimin. Lib.* 1. *Tit.* 5. *Q.* 47. *n.* 303. quae sententia inde probabilis, quod ad *famam*, seu bonam seu malam, probandam, non nisi *duo* testes requirantur. FARINAC. *d. Q.* 47. *n.* 208. *seq.* MASCARD. *d. Vol.* 2. *Concl.* 749. *n.* 1. CARD. TVSCH. *Pract. Concl. Tom.* 3. *Lit. I. Concl.* 64.

testimonio eius omnem plane fidem C) detrahit: infamia autem facti arcet saltem a dignitatibus suscipiendis, & a testimonio ferendo non plane repellit, sed fidem testimonii solum minuit, vid. quos allegat Lauterb. *b.t.* Hoc quoque addi posse videtur, effectum infamiæ iuris esse perpetuum, *l. 43. §. 4. ff. de rit. nupt.* infamiæ facti autem temporalem. Hinc qui ebriosus, pertinax, prodigus fuit, si postea ad sanos mores reuertitur, nulla amplius labe adspergitur, vnde communiter dicere solent: Er hat sich bekehret.

DIST.

C) Sententia AVCTORIS *Iuri Canonico* congruit, vid. *c. 54. X. de test. c. 1. X. de Except.* nec non *hodierno.* LAVTERBACH. *Concl. Forens. Exerc. 10. Concl. 14.* DN. de BERGER. *Oeconom. Iur. Lib. 4. Tit. 24. §. 3.* RIVIN. *Enunc. Iur. Tit. 20. Enunc. 73.* De *iure ciuili* vero infames, infamia iuris notatos, non *indistincte* a testimonio dicencendo repelli, vel inde patet, quod in *l. 3. §. 5. l. 15. l. 18. 21. ff. de Test.* *quidam* infames excipiantur, ne testimonium dicant; vnde consit, non *omnes omnino* infames a testimonii dictione excludi, sed *quosdam* admitti, ita tamen vt non sint testes *omni exceptione maiores.* FRANZK. *ad ff. h. t. n. 24.* B. STRYK. *Vs. mod. ff. Tit de Test. §. 2.* BACHOV. *ad Treutl. Vol. 2. Disp. 5. th. 8. lit. B.*

DISTINCTIO. II.

Inter Infamiam *immediate ab ipsa lege* & per *sententiam iudicis* irrogatam.

Vsus hic est, quod in casu posteriori, quamdiu cognitio de delicto alicui imputato adhuc pendet, omnia pristina iura ei conseruentur, & sic quidem suspensio interdum ob grauia indicia, nunquam autem ipsa remotio decerni soleat & debeat, quod secus est in priori casu, ob delicti notorietatem.

DISTINCTIO III.

Inter *Infamiam* & *leuis notæ maculam.*

Prior ex turpi, id est, legibus prohibito facto oritur, posterior saltem ex vili & sordido, imo interdum sine omni facto, e. g. in spuriis, incestuosis, & adulterinis liberis. Ceterum eosdem effectus producit, quos infamiæ facti tribuimus. vid. Illustr. Dn. Stryk. *in not. ad Lauterbach. h. t. in f. verb. De effectu.*

LIB. III. TIT. III.

De Procuratoribus & Defensoribus.

DISTINCTIO I.

Inter Procuratorem *principalem* & *substitutum*.

Prioris facta præstare tenetur dominus, non autem posterioris, nisi potestas substituendi procuratoris principalis mandato inserta fuerit, vid. Carpz. *de Process. tit. 5. art. 5. num. 5. & 6.*

DISTINCTIO II.

Inter *verum* & *quasi* procuratorem.

Verus procurator expresso mandato instructus est, & sic de rato non cavet; quasi procurator autem præsumtionibus aliquibus nititur, quibus iudici fidem facit, sibi esse commissum mandatum, & propterea cautionem interponit, *l. 40. §. vlt. ff. & l. 21. C. h. t.* Vnde non quilibet quasi procurator esse potest, sed saltem parentes & liberi, *A*)

l. 35.

A) Masculini sexus. arg. *l. 54. ff. de procurator. l. 18. C. eod.*

l. 35. *pr. ff. h. t.* fratres, *d. l.* 35. *pr.* affines descendentes & adscendentes, *B*) v. g. socer & gener, nec non collaterales vsque ad secundum gradum iure ciuili: maritus ratione receptitiorum: consortes litis post litis contestationem: *C*) qui instrumenta ad causam per-

B) Hi *soli*, tam in *Saxonia*, quam *Marchia Brandenburgica*, admittuntur, exclusis omnibus adfinibus in linea collaterali, & quidem in Marchia, solus *socer* & *gener*, siue constante, siue soluto matrimonio, in Electoratu Saxoniæ vero præter socerum & generum, etiam *vitricus* & *priuignus*, durante adhuc, vtroque casu, adfinitatis vinculo. Cammer-Ger. Ordn. *Tit.* 22. *ß.* 11. Chur-Sächs. Verbeß. Proc. Ordn. *Tit.* 7. *ß.* 3.

C) Ratio, quia *ante* litem contestatam nullum adest factum, quo mediante præsumtum mandatum elici possit, sed hoc demum ex ipsa L. C. a lege deducitur, qua facta ab omnibus consortibus simul, videntur hoc velle, vt lis ad finem perducatur. LAVTERBACH. *Disp. de Caut. rati a coniunct. præstar. solita ß.* 31. In *Electoratu Saxoniæ* vero etiam *ante* L. C. consortes pro se inuicem defensorio nomine comparentes admittuntur. MARTIN. *ad Ord. Proc. Sax. Tit.* 7. §. 2. *n.* 107. MENCKEN. *Tr. Synopt. proc. Tit.* 7. §. 11.

pertinentia secum habet, vid alleg. a Lauterbach. *h. t.*

DISTINCTIO III.
Inter *Aduocatum* & *Procuratorem.*

In multis quidem locis aduocati simul procuratoris munere funguntur; in multis tamen aliis hæc officia distincte ab inuicem separantur, v. g. in curia suprema Lipsiensi, in camera imperiali, & alibi, & proinde, quamuis interdum vtrumque officium in vna eademque persona concurrat, duplici tamen iuramento opus est. Aduocatus scripta conficit, inque iisdem iura clientis deducit, item in iudicio verba facit: Procurator sollicitat, (vnde in Pomerania etiam die Sollicitanten nihil aliud sunt, quam Procuratores,) fatalia obseruat, Aduocatum in facto informat, &c. Et hinc, si accurate proceditur, Aduocatus mandato non habet opus, sed Procurator. De iure Romano Aduocati salarium peculio quasi castrensi accensebatur, *l. 4. C. de Aduoc. diuers. iudicior.* Procuratoris non item. Sed hæc differentia in Procuratoribus summorum Tribunalium hodie cessat, quippe qui eandem fere cum Aduocatis dignitatem habent, *D*) vnde

D) Imo in *Camera imp.* munus procuratoris *dignius* est munere aduocati, cum nemo

vnde etiam alia priuilegia, quibus ratione salarii gaudent Aduocati, ad tales Procuratores hodie erunt applicanda, vid. Bachov. *ad Treutl. Disp. 9. th. vlt. lit. D.* Brunnem. *ad. d. l. 4.* Corruunt simul quoque aliæ differentiæ. Iure Romano officium Procuratoris vile & abiectum erat, & hinc infamis admittebatur, prout colligunt ex *§. f. l. de Except. E*) Hodie honorabile admodum est illud officium, & sic infames excluduntur, vid. Hahn. *ad Wesenbec. h. t. num. 4.* Olim non compellebantur inuiti Procuratores ad præstandum officium, quippe quod mere priuatum erat, *l. 8. §. 1. ff. h. t. l. 17. C. de Pro-*

nemo in numerum procuratorum cooptetur, nisi qui *antea* fuit aduocatus Cameræ, idque ideo, quia in procuratore *maior peritia Styli Cameralis* requiritur, quam in aduocato. BLVM. *Proc. Cam. Tit. 10. §. 3.*

E) Hæc conclusio non adeo firmo stat talo, quum *cit.* §. saltem loquatur de *infamia dubia*, id quod ex adiecta ratione patet: *Ne, dum de his altercatur, ipsius negotii disceptatio proteletur.* At vero super infamia *notoria* vel *in continenti demonstrabili* non opus est altercatione, hinc nec metuenda negotii protelatio. Consent. BACHOV. & LVDWELL. *ad d. §. f.*

Procurat. Hodie fecus. Illuftr. Dn. Stryk. *Vſ. mod. ff. h. t. ſ. 19. 20. 21.* Gail. *l. 1. Obſ. 43. n. 7. & 8.*

DISTINCTIO IV.

Inter *Procuratorem* & *Defenſorem.*

Defenſor abſentem ſine mandato in iudicio defendit, & hinc ad ſatisdationem *F*) eſt adſtrictus, *l. 46. §. 2. ff. b. t.* quæ omnia fecus ſe habent in Procuratore. Non tamen ea, quæ diximus, ad hodiernos *Defenſores* inquiſitorum applicanda; quippe qui non ſatisdant, ſed vel mandato inſtructi ſunt, vel interdum quoque a Magiſtratu ex officio conſtituuntur, præcipue, ſi inquiſiti egeſtate laborant, vbi iudex illis quoque honorarium perſoluit, ne inquiſitus indefenſus maneat. Nec ad Procuratores reorum in ciuilibus, qui etiam defenſores abuſiue vocari ſolent.

DIST.

F) De *Iudicato ſoluendo*, &, ſi actio *in rem* inſtituta fuerit, ſimul ad cautionem *de rato. l. 40. ſ. 2. ff. h. t.* In *Electoratu Saxoniæ* eiusmodi defenſores haud admitti, luculenti teſtes ſunt DN. de BERGER *Oecon. Iur. Lib. 4. Tit. 4. ſ. 1. Not. 3.* DN. MENCKEN. *Tractat. Synopt. Proc. Tit. 7. ſ. 8.*

DISTINCTIO V.

Inter Procuratorem *cum libera* & *sine libera*.

Maximum communiter huius distinctionis vsum in praxi esse adserunt, cum procurator cum libera (qualis dicitur, si hæc clausula mandato inserta est: Ich gebe meinem Anwald freye Macht und Gewalt, alles dasjenige bey dieser Sache zu verrichten, was ich selbst, wenn ich zugegen wäre, verrichten könte, oder wolte,) omnia facere queat, ad quæ expedienda alias speciale mandatum requiritur, quem in finem allegant *c. 4. t. Procurat. in 6.* Couarruu. *lib. 1. resolut. 6. n. 3.* Verum enim vero si res paulo accuratius inspiciatur, prætensus iste vsus se neutiquam exserit. Clausula enim illa nihil certi determinat, quod tamen in rebus magni momenti fieri debet, sed semper quæstionem præiudicialem probandam relinquit: an dominus hoc facere *voluerit?* quod enim *potuerit*, nondum sufficit, quoniam ea duo: *posse & velle*, copulatiue requiruntur. Nihil ergo interest, an sit mandatum cum, an sine libera, Illustr. Dn. Stryk. *Caut. contr. Sect. 2. c. 11. §. 4.* Suendendörff. *ad Process. Fibigii c. 2. §. 6. num. 138.* qui & hanc formulam nullius momenti esse dicit: Solte auch meinem Mandatario mehrere Gewalt,

als hierinnen ausdrücklich begriffen, von nöthen seyn, will ich ihm solche auch in denen casibus, welche ein special Mandat erfordern, gegeben und mitgetheilet haben. *G*)

DISTINCTIO VI.

Inter Procuratorem *in rem suam* & *in rem alienam*.

Posterior solummodo est procurator proprie sic dictus, prior autem est cessionarius,

G) *Hodie* in *Electoratu Saxoniæ*, sufficit *vnum alterumue* actum, speciale mandatum requirentem, *diserte* in mandato exprimi, subiecta Clausula generali: Daß der Gevollmächtigte alle actus, die ein special Mandat erfordern, oder der Principal selbst verrichten möchte, oder könte, expediren solle. Vi cuius procurator etiam *reliquos* actus, speciale mandatum alioqui requirentes, quantumuis non expressos, expedire potest, *paucis* exceptis, vt puta, transactione, litis & caussæ renunciatione, iuramentorum remissione, vel agnitione pro præstitis, agnitione documentorum pro editis, ac recognitis, agnitione copiarum pro originalibus, acceptione pecuniæ, præter expensas. Vid. ORD. PROC. RECOGN. *Tit.* 7. *§.* 2.

rius, *H*) quem Romani ideo procuratorem appellabant, quia cedens etiam post cessionem iure subtili manebat creditor, quandoquidem obligatio primitus acquisita ossibus inhæret, & ab iisdem separari nequit. Vsus interim in eo sese exserit: commodum litis non pertinet ad posteriorem, quippe qui salario suo pro opera præstita contentus esse debet; bene tamen ad priorem. *I*) Prior potest substituere, non poste-

H) Non omnis *procurator in rem suam* est *cessionarius*, sed is saltem, qui *actione aliena, ex titulo ad eam transferendam habili mandata, in proprium emolumentum* experitur. Dantur vero & alii *procuratores in rem suam*, veluti, quum quis *eum, a quo caussam*, & quem inde sibi obligatum habet, procuratorem constituit, vt is *suo periculo* experiatur, e. g. quum *fideiussor*, a creditore conuentus, *debitorem principalem* procuratorem constituit, *l. 42. §. 2. ff. h. t. emtor* in lite euictionis *venditorem*, *l. 66. §. 2. ff. de Euict. creditor debitorem*, quum lis est de *proprietate pignoris*, *maritus socerum*, aut, *vxorem*, ratione *proprietatis rei in dotem datæ. l. 63. ff. de Re iudicat.*

I) Et hinc procurator *in rem suam* esse potest, qui nequit esse procurator *in rem alie-*

posterior. Prioris potestas non exspirat morte mandantis, bene tamen posterioris. *K*) Prior non indiget speciali mandato, etiam in rebus maximi momenti; v. g. in iuramenti delatione, transactione, &c. posterior autem sine speciali mandato talia non suscipit.

DISTINCTIO VII.

Inter *Procuratorem* & *Actorem*.

Procurator a domino constituitur, *l. 1. pr. ff. h. t.* Actor vero a tutore vel curatore ante litis contestationem, quia tunc litis nondum sunt domini, *l. 11. C. de Procur.* In Iudiciis nostris, Saxonicis præcipue, vocabulum actoris adhuc quidem frequentatur, vnde dicere solent: Titius erscheinet *actorio nomine*, und *legitimiret* seine Person durch beykommendes *Actorium*; sed in effectu differentiam inter actorem & procuratorem non deprehendo; ille enim plus expedire non potest, quam hic, & vice versa.

alienam, e. g. miles, mulier, *l. 4. l. 9. C. h. t.*

K) Non *iure ciuili*, per *l. 23. C. h. t.* sed *hodierno*, vnde heredes litem a defuncto cœptam readsumere tenentur, nisi mandatum, ceu fieri debet, ad heredes mandantis directum. *R. I. de anno 1654. §. 99.*

sa. Ad hoc ergo saltem proderit adlata distinctio, vt linguam eruditorum intelligamus.

DISTINCTIO VIII.

Inter Procuratorem *ante* & *post litem contestatam.*

Procurator iure Romano post litem contestatam fiebat dominus litis, vnde sibi ex sententia acquirebat actionem directam: ius suum ad heredes transmittebat: substituebat: non poterat eius mandatum reuocari, & in ipsius personam sententia concipiebatur; quae omnia ante litem contestatam secus sese habebant. Verum enim vero cum omnes illi effectus, & sic quoque ipsum litis dominium, sine dubio apud nos cessent, prout multis probauit Schilter. *Exerc. 10. th. 43. seqq.* & ipsa praxis hoc loquitur; hinc quoque vsum adlatae distinctionis practicum adhuc hodie esse non existimo. Conf. Dn. Beyer *in Posit. ff. h. t. pos. 71. seqq.* qui Schilteri mentem summatim exhibet.

LIB.

LIB. III. TIT. IV.

Quod cuiuscunque Vniuersitatis nomine vel contra eam agitur.

DISTINCTIO I.

Inter *Syndicos* & *Procuratores*.

Syndicus a tota vniuersitate tanquam persona morali constituitur: Procurator a persona physica. Syndicus in dubio ad omnes lites constitutus esse censetur: plures in solidum dati *A*) existimantur: ad mandatum Syndici non requiritur subscriptio constituentium, sed solum sigillum publicum sufficit, si vniuersitas tali instructa est, quæ omnia in Procuratoribus secus se habent, vid. Berlich. *P. 1. Concl. 24. n. 99.* Schilter. *Ex. 10. th. 50. seqq.* Klock. *Vol. 2. Conf. 52. n. 117. seqq.* Syndicum aliquis

A) In hoc procuratores a Syndicis haud differunt, nam & *illi* & *hi* plures ad eandem caussam dari possunt, *singuli* tamen *in solidum* dati censentur. HAHN. *ad Wesenbec. b. t. n. 5.* B. STRYK. *Vs. mod. ff. Tit. de Procurator. §. 25.* SCHILTER. *Prax. Iur. Rom. Exerc. 10. th. 52.*

quis inuitus suscipere tenetur, non vero aliud mandatum, *B*) vid. Lauterbach. *h. t.* qui quidem cum aliis allegatis, hanc quoque differentiam addit, quod Syndicus sit instar procuratoris cum libera, & sic plus potestatis habeat, quam alius procurator; verum quia distinctionem inter procuratorem cum & sine libera iam reiecimus *tit. præced. Dist. V.* ergo illa quoque differentia cessabit. Et quid? Lauterbachius dicit, Syndicum propterea transigere posse, & tamen *ad tit. de Transact.* contrarium asseruerat.

❋❋❋❋❋❋❋❋❋❋❋❋❋❋❋❋

LIB. III. TIT. V.

De Negotiis gestis.

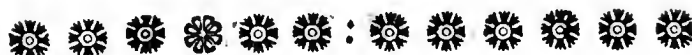
DISTINCTIO I.

Inter *Negotiorum gestorem* & *procuratorem.*

Procurator scientis & mandantis, negotiorum gestor ignorantis negotia expedit. Procurator in iudicio & extra

B) *Hodie*, quum officium procuratoris sit *publicum*, regulariter hoc aliter se habere, monet ipse AVCTOR *Doctr. Pand. Tit. de Procurator. §. 5.*

trà illud interuenit: negotiorum geſtor in iudicialibus non datur, ſed tunc qui absque mandato abſentem defendit, *defenſor* vocatur. Procurator pro eo ſaltem intercedit, qui mandare poteſt: ſed negotiorum geſtor etiam pro mente capto, furioſo, pupillo, eosdemque ad impenſas reſtituendas firmiter obligat, *l. 3. ſ. 5. ff. h. t.* ne ſcilicet locupletiores fiant cum alterius damno, *l. 6. pr. l. 37. pr. ff. h. t.* Hæc enim eſt natura conſenſus præſumti, ſiue ficti, vt eos etiam obliget, qui alias ſine tutoris, vel curatoris conſenſu, obligari nequeunt, vid. quæ diximus ſupra *ad tit. de pactis.*



LIB. IV. TIT. I.

De in integrum Reſtitutione.

DISTINCTIO I.
Inter Reſtitutionem *gratiæ* & *iuſtitiæ*.

Reſtitutio gratiæ fit ſolum ab eo, qui τὸ κύριον in republica habet, & communiter *ius aggratiandi* vocari conſueuit, reſtitutio iuſtitiæ autem a quolibet magi-

magiſtratu fieri poteſt. Prior fit in criminibus veris & probatis, ex nuda indulgentia: poſterior in criminibus falſo alicui imputatis, probata innocentia. Prior regulariter bona amiſſa non reſtituit, bene tamen poſterior, cum omnibus acceſſoriis, & perceptis a fiſco fructibus, etiamſi fiſcus bona iamdum alienaſſet, vid. Ziegler *de Iur. Maieſt. l. 1. c. 9. ſ. 5. ſeq.* Reliqua dicentur infra *ad Tit. de ſent. paſſ. & reſtit.*

DISTINCTIO II.

Inter Reſtitutionem *ciuilem* & *prætoriam.*

Maximus huius diſtinctionis vſus *ratione temporis*, intra quod reſtitutio peti poteſt, ſeſe in praxi exſerit. Reſtitutio ſiquidem ciuilis, cuius exempla in *l. 33. ff. de re iudic. l. 31. ff. de iureiur. l. 2. C. de reſc. vend.* habentur, inſtar remediorum ciuilium, 30. demum annorum lapſu extinguitur, *l. 3. C. de præſcript. 30. annor.* Sed reſtitutioni prætoriæ breuior terminus præſcriptus eſt, annus ſcilicet vtilis, hodie quadriennium continuum, *l. vlt. C. de temp. in int. reſtit.* Ad reſtitutionem ciuilem ſtatim recurrimus, tanquam ad remedium ordinarium; ad prætoriam non item, quia hæc ſaltem remedium ſubſidiarium, vnde ante omnia inquirendum, annon competat ordi-

ordinarium iuris ciuilis remedium., *v. l. 16. pr. & §. 1. ff. de minor. l. 1. §. 4. ff. de dol. mal.*

❋❋❋❋❋❋❋❋❋❋❋❋❋❋❋❋

LIB. IV. TIT. II.

Quod Metus causa gestum erit.

DISTINCTIO I.

Inter Vim *ablatiuam*, *expulsiuam*, *turbatiuam*, *offensiuam*, *defensiuam*, *compulsiuam*.

Vis defensiua licita est, & vim vi repellere permittitur. Aliud in reliquis enumeratis speciebus, quas propterea ab inuicem accurate distinguere vtile est, vt diuersa remedia, contra easdem competentia, distincte intelligamus. Propter vim *ablatiuam* competit actio vi bonorum raptorum, nec non actio furti: propter *expulsiuam*, interdictum vnde vi, & remedium ex *can. redintegranda. caus. 3. qu. 1.* propter *turbatiuam*, interdictum vti possidetis, & vtrubi: propter *offensiuam*, interdictum de vi publica & priuata, & denique propter *compulsiuam*, quæ huius loci est, actio quod metus causa. DIST.

DISTINCTIO II.

Inter Vim *iustam* & *iniustam.*

Prior non parit restitutionem, v. g. si magistratus, præuia causæ cognitione, vim alicui infert, *l. 3. §. 1. ff. h. t.* bene tamen posterior, quo etiam pertinet, si iudex de facto processum ab executione contra inauditum inchoat, aut in carcerem sine legitimis indiciis coniicit, &c.

DISTINCTIO III.

Inter *Vim* & *Minas.*

Qui aliquid ob minas promittit, restitutione in integrum non gaudet, iuxta tritum illud: *qui moriere minis, asini tumulabere bombis.* Potuisset enim sibi implorando officium iudicis, & cautionem de non offendendo petendo, prospicere. Excipiunt communiter minas *capitales*, modo minas denuntians eas exequi solitus fuerit; & nunc præsens sit, vt eas facile exequi queat, Gail. *l. 1. Obs. 4. n. 3. sq.* Sanchez. *de matrim. l. 4. Disp. 1. num. 20.* Brunnem. *ad l. 7. C. h. t.* Qui vero vi coactus promittit, restitutionem omnino habet.

DISTINCTIO IV.

Inter Metum *iustum* & *reuerentialem.*

Iustus, siue atrox, ad edictum prætoris in præsenti titulo contentum, pertinet,

qui tamen pro diuersitate sexus, & qualitatis personarum, quibus infertur, suos quoque gradus *A*) habet. Metus reuerentialis autem restitutionem non parit, quia facile auerti potuisset, *v. l. 22 ff. de rit. nupt. l. 6. C. h. t.*

DISTINCTIO V.

Inter Iudicium *rescindens* & *rescissorium.*

An hæc distinctio ex textibus iuris probari possit, de eo non disputabimus, sed hoc Bachouio, Hilligero, aliisque excutiendum relinquimus. Illud saltem ad nos pertinet: an eadem distinctio vsum in praxi præstet? Audiamus hac de re ipsum Bachouium *ad ff. Tit. de in integr. Restitut. Rubr. de Modo conced. restitut. n. 3. p. 951. Hodie*, inquit, *minus quoad ipsam rem interest, siquidem DD. communiter cumulari posse vtrumque remedium concedunt, imo etiam petente reo cumulanda esse & simul mouenda censent. Et quidni vero cumulentur, cum idem hodie magistratus super vtroque necessario sit adeundus, & alterum ab*

A) Sic discrimen faciendum inter *masculum* & *fœminam*, in qua *minor* metus sufficit, ob sexus fragilitatem, quam in masculo. GAIL, *Lib. 2. Obseruat. 93. n. 9.*

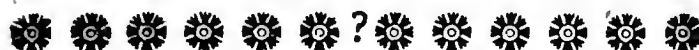
ab altero dependeat, vt improbandi omnino sint, qui hic subtilitates conquirunt. Consentit Illustr. Dn. Stryk. *Vs. mod. ff. h. t. §. 5.*

Lib. III. Tit. VI.
Inter Actionem *quod metus causa* & *in factum.*

Prior in quadruplum datur, sed anno vtili exspirat: posterior in simplum concepta est, sed ad 30. annos vsque competit *l. 14. §. 1. ff. h. t.* Verum cum praxis iudiciorum nostrorum actiones Romanorum in duplum, triplum, quadruplum, ignoret, *B*) atque sic exinde recte colligatur, ius Romanum hac parte non esse receptum, cum receptio ex praxi iudiciorum æstimanda; hinc quo-

B) Imo adhuc hodie huic actioni in quadruplum locum concedunt BRVNNEM. *ad L. 9. ff. h. t. n. 20.* STRYK. *Vs. mod. ff. h. t. §. 3.* DN. de BERGER *Commentar. de Vsu Action. part. post. §. 29.* cui sententiæ & meum qualemcunque calculum adiicio. Et quamuis AVCTOR praxin iudiciorum nostrorum hanc actionem in quadruplum ignorare, confidenter adserat, satis tamen, opinor, hanc adsertionem conuellit *præiudicium*, quod laudatus BERGERVS adfert in *Oecon. Iur. Lib. 3. Tit. 15. §. 9. Not. 3.*

quoque ea distinctio parum vtilitatis in praxi habebit, & parum intererit, siue negotia metu contracta nullitate laborare, siue eadem firma esse, & rescindi debere statuas, vtrobique enim remedium iudiciale intra 30. annos institui potest, cum & præterea assertum: metu gesta ipso iure firma esse, nitatur hypothesi philosophiæ Stoicæ, quod coacta voluntas etiam sit voluntas, quam erroneam esse quilibet facile videt. Coacta voluntas est voluntas, sed coacta; at vero ad firmitatem negotiorum libera voluntas requiritur.



LIB. IV. TIT. III.

De Dolo malo.

DISTINCTIO I.

Inter Dolum *causam dantem* contractui & *incidentem*.

Si dolus *causam dedit contractui b. f.* tunc contractum ipso iure reddit nullum, *l. 7. pr. ff. t.* & sic querela nullitatis intra 30 annos competit. Aliud in contractibus *stricti iuris*, vbi iudex pedaneus a claris verbis contractuum recedere non poterat,

erat, & deceptus sibi imputare debebat, quod in hunc casum sibi per pactum non prospexerat, potuisset enim contractui inserere clausulam: *eum nullum esse debere, si dolus appareat. v. d. l. 7. §. 3. ff. h. t.* Ergo talis contractus stricto & subtili iure ciuili subsistebat. conf. omnino *l. 36. ff. de V. O.* Praetor autem, prout semper ius illud subtile emendare nitebatur, restitutionem in integrum concedebat, actionem de dolo inueniens, quae tamen non 30. sed duos saltem annos durat, *l. f. C. de dol. mal.*

Quodsi vero dolus saltem *incidit in contractum b. f.* tunc ille actione ex illo contractu, v. gr. emti, locati, &c. purgatur, *l. 13. §. 4. & 5. ff. de A. E. V.* quae pariter, vt querela nullitatis, intra 30. annos institui potest, quia quaelibet actio ex contractu tanto demum tempore praescribitur, si autem incidit in contractum *stricti iuris*, itidem actioni de dolo locus est intra biennium, ex ratione paulo ante suppeditata, vid. DD. passim ad h. t.

Vides ergo, quod apud Romanos maximus huius distinctionis vsus fuerit, praecipue ratione durationis actionum, deceptis competentium. Sed quaeritur: an adhuc hodie idem vsus in praxi deprehendatur? Nobis negatiua verior videtur. Deficiente enim iudice pedaneo, eiusque officio ad certam formulam restricto, cessante, deficit

quoque & cessat integra illa inter iudicia bonae fidei & stricti iuris differentia, cum omnibus effectibus & conclusionibus, quae in foro quidem Romano exinde profluebant. Vnde non opus est, vt illam differentiam sublatam esse probemus; sed illud quoque hic sufficit, quod mutato statu etiam mutatio iuris inducatur. Apud nos ergo quocunque casu querelae nullitatis locus est. Aliter Schilterus *Exerc. 11. thes. 20.* qui actionem de dolo hodie semper concedit, cui tamen propterea consentire non possumus, quod ea actio sit subsidiaria praetoria, cui locus non est, quamdiu actiones ciuiles ordinariae competunt. At vero ex deductis hodie semper querelae nullitatis, tanquam remedio ciuili, locus est.

Haec ita quoad vsum adlatae distinctionis intuitu contractuum b. f. & stricti iuris. Interim tamen quantum ad ipsos contractus b. f. attinet, eam differentiam adhuc agnosco, quod quando dolus causam dedit, querelae nullitatis; quando autem incidit, actioni ex illo contractu locus sit. Leges enim voluerunt, vt hoc posteriori casu contractus non sit nullus, sed subsistat, modo interesse praestetur. At priori casu, licet alter decipiens decies interesse illud praestare paratus sit, ego tamen ad illud acceptandum cogi nequeo, sed si placet, penitus a contractu resilire possum. Richter. *p. 2. Decis.*

Decis. 87. *n.* 18. Illustr. Stryk. *Vs. Mod. h. t.* §. 6.

* Superiori anno Gerardus Noodt, celeberrimus ICtus & Professor Lugdunensis, Schediasma aliquod edidit *de forma emendandi doli mali*, *in contrahendis negotiis admissi*, vbi ostendere voluit, præcipue *cap.* 3. distinctionem *inter dolum causam dantem contractui; & incidentem*, non esse veram; non fuit mihi tempus examinandi illa, quæ pro stabilienda assertione adducta sunt, sed hoc alteri occasioni *A*) reseruo: quid-

A) Stetit promissis B. AVCTOR, ac in *Disp. de Dominio ex contractu doloso non translato*, *Halæ* 1720. habita, ex instituto hanc controuersiam excussit. Vnde quæ ibi fusius dicta in summam contrahemus. Nimirum distinctionem hanc (inter dolum caussam dantem contractui b. f. & incidentem,) *illecebram* vocat NOODTIVS, eamque tam oneri Iurisprudentiæ esse dicit, quam excellentibus ingeniis vsque adhuc per plura secula illusit. Subiungit particulam *Aut* (quæ in *l.* 7. *ff. de Dol. mal.* habetur, ibi: *Aut nullam esse venditionem*, *si in hoc ipso*, *vt venderet*, *circumscriptus est*,) in Pandectis Florentinis inter duas stellas hoc modo * *Aut* * posi-

quidquid interim huius sit, praxis distinctionis ex testimonio DD. in praxi ver-

positam esse, reperiri tamen eandem, tum in veteri quodam Codice MSC. tum in rarioribus ff. editionibus, imo in ipsis Libris Basilicorum. Suspicatur IDEM, ægrum esse hunc locum Vlpiani, atque ita recreandum, vt verba illa: *Aut nullam esse venditionem - - circumscriptus est*, plane deleantur, ex ratione, quod non sint Vlpiani, quum turbent eius sensum, tam manifestum, quam optimum, indeque ab initio a nonnemine in margine fuisse adiecta, deinde in ipsum textum irrepsisse, concludit. En mentem sententiamq; NOODTII. Quid ad illa omnia B. AVCTOR? Respondet *cit. disp. §. 17.* hanc *correctionem*, vel, si mauis, *recreationem*, a NOODTIO tentatam, nimis esse violentam, & talem, ex qua ipsa *mors* facile sequi possit, quum fatente ipso NOODTIO, verba illa *l. 7. Aut nullam esse venditionem*, cetera, tam in π. Florentinis, quam in Codice MSC. aliisque rarioribus ff. editionibus reperiantur, nec esse probabile, quod primum in margine a nonnemine fuerint adscripta, ac deinceps in ipsum textum irrepserint. Et si eiusmodi curationes adhibere fas esset, quilibet iuxta hypothesin suam, quam de-

versatissimorum, apud nos satis certa est.

DISTINCTIO II.

Inter Actionem *de dolo* & *in factum*.

Applicari hic eadem possunt, quæ diximus *tit. præc. Dist. 6.* Addi posset & hoc, quod actio de dolo infamet, & non detur, nisi læsio duos aureos excedat, *l. 1. §. 4. l. 10. ff. h. t.* quæ secus se habent in actione in factum: item, quod actio de dolo non competat contra eos, quibus reuerentiam debemus, bene autem actio in factum; verum quia

defendere constituit, LL. castraret, vel quæ deesse videbantur, ipsis infarciret. Ostendit deinde *§. 18.* verba illa: *Aut nullam esse venditionem*, cetera, sensum *d. l. 7.* plane non turbare, sed omnia esse plana & perspicua, addens *§. 19.* plures alios superesse textus, e. g. *l. 11. §. 5. ff. de Act. emt. l. 13. §. 4. 5. ff. eod. l. 12. §. 1. ff. de Iur. dot.* precariæ huic hypothesi obstantes, ac nondum recreatos. Quibus *ego* addo duos luculentos textus in *L. 16. §. 1. ff. de minor.* & in *L. 3. §. 3. ff. Pro socio.* Conf. GOEDD. *Tr. de Contrab. & committ. stipulat. cap. 3. n. 115. seqq.* qui fuse & adcurate hoc argumentum edisserit.

quia actionem de dolo in sensu iuris Romani, hodie plane cessare modo diximus, hinc illa quoque obseruatio parum vtilitatis nobis præbere poterit.



LIB. IV. TIT. IV.

De Minoribus XXV. annis.

DISTINCTIO I.

Inter Negotia minorum *valida* & *inualida*.

Valida dicuntur, in quibus tutoris autoritas, vel curatoris consensus, & si alienantur immobilia, *A*) decretum magistratus adhibitum fuit; *inualida* e contrario, vbi hæc deficiunt. Priori casu opus est restitutione in integrum, ad quam petendam datur quadriennium post adeptam maiorennitatem, *B*) *l. f. C. de temp.*

A) Adde: vel mobilia, *quæ seruando seruari* possunt. *l. 22. C. de Administrat. tutor.*

B) Non a tempore *scientiæ*, prout nonnulli

temp. in int. restit. posteriori casu querela nullitatis competit intra 5. 10. vel 20. annos, iuxta *d. l. f.* C) Priori casu læsio aliqua est probanda; posteriori nulla, vnde hæc propterea etiam pinguior est, & prudens aduocatus ante omnia eo respicere debet, annon nullitatis arguere actum a minore gestum possit.

DISTINCTIO II.

Inter Minorem *dolo aduersarii deceptum* & *facilitate ætatis lapsum*.

Ratione ipsius quidem minoris nulla huius distinctionis vtilitas apparet, cum ille vtroque modo restitutione in integrum gaudeat; sed vero vsus intuitu eius, qui pro minore fideiussit, sese exserit. Si enim minor facilitate ætatis lapsus, fideiussori regu-lari-

nulli existimant, quam sententiam liquido refellunt verba *d. l. f.* ibi: *quibus vtilis annus incipit currere, ex quo vicesimi sexti dies illuxerit.* Add. BACHOV. *ad Treutl. Vol. 1. Disp. 11. th. 3. lit. B.* FRANZK. *ad ff. Tit. de Restitut. in integr. n. 29.* ZOES. *ad ff. h. t. n. 62.*

C) Legendum: *iuxta l. f. C. Si maior fact. alienat. fact.* & dantur 5 anni, si alienatio facta titulo *oneroso*, sin *lucratiuo*, 10 anni inter *præsentes*, 20 inter *absentes*.

lariter non ſuccurritur, *D*) quod tamen fit, ſi dolo deceptus eſt *E*) minorennis, per *l.* 2. *C. de fideiuſſ. minor.*

DIST.

D) Et hoc caſu minor non tantum aduerſus *creditorem*, verum & ipſum *fideiuſſorem* reſtituitur, ne locum habeat actio mandati. *l.* 1. *C. de Fideiuſſ. minor.* Fallit tamen AVCTORIS adſertio illo caſu, vbi fideiuſſor *efficacem* habet contra minorem regreſſum, puta, ſi *iurato* fideiuſſori indemnitatem promiſit minor, ſic enim, quum aduerſus iuramentum reſtitutio locum non habeat, neceſſario reſtitutio minoris etiam fideiuſſori prodeſſe debet, quoniam alias ipſi minori eſſet inutilis. SFORT. ODDVS *de Reſtitut. in integr. part.* 1. *Quæſt.* 48. *art.* 4. *n.* 34. *ſeqq.* DOMINIC. GALES. *de Reſtit. in integr. cap.* X. *n.* 99. *ſeqq.*

E) Ex qua cauſſa enim *maior* in integrum reſtituitur, e. g. metus, doli, cetera, ex eadem cauſſa minore læſo, huius quoque reſtituitur *fideiuſſor*, quum eiusmodi cauſſa non ſit minori *propria*, & quaſi perſonalis, ſed cum maiore *communis*.

DISTINCTIO III.

Inter eum, qui maior factus est *naturaliter* & *ciuiliter*, s. per concessionem veniæ ætatis.

Priori indistincte quadriennium competit post impletum annum 25, posterior autem interdum longius spatium habet. Semper enim vsque ad annum 25. completum restitutionem petere potest. Vnde si e. g. anno 18. ætatis suæ veniam impetrauit, septem anni ipsi dantur ad impugnandos actus, in quibus ante maiorennitatem *F*) for-

F) Scilicet *ciuiliter talem*, seu clarius, ante *impetratam veniam*; aduersus illos actus enim, quos *post impetratam veniam* gessit, etsi læsio intercurrat, restitutio cessat. *l. 1. C. de His qui ven. ætat.* Addamus alias differentias. 1) Qui *naturaliter maior* factus, potest esse procurator, non qui *ciuiliter maior*, seu qui veniam ætatis adeptus. DN. de BERGER *Elect. Disceptat. forens. Tit. 3. Obseruat. 2 Not. 2.* 2) Qui *naturaliter maior* factus, tutelam vel curam gerere potest, non qui *ciuiliter maior*, quoniam concessio veniæ minorem saltem habilem reddit, vt de propriis bonis *quodammodo* disponere possit, *arg. l. 2. C.*

forsan læsus fuit. *l. 5. pr. C. de tempor. in int. restit.*

DIST.

2. *C. de His qui ven. ætat.* MATTH. STEPHAN. *de Iurisdict. Lib. 2. part. 1. cap. 1. membr. 2. n. 143. seq.* MYLER. ab EHRENBACH *Etolog. Ordin. imper. cap. 7. §. 3.* Dixi: *quodammodo:* vnde fluit noua differentia, 3) quod is, qui *naturaliter maior* factus, de bonis, tam mobilibus, quam immobilibus, pro arbitrio suo, statuere possit, (nisi aliud forte *impedimentum* e. g. furoris, prodigalitatis, cetera, obstet) neutiquam vero qui *ciuiliter maior* factus, quippe qui res mobiles, quæ seruando seruari possunt, nec non immobiles, sine iudicis decreto alienare & oppignorare haud valet. *l. 1. 3. C. de His qui ven. ætat.* Nisi Princeps in concessione veniæ ætatis & hanc potestatem concesserit. BRVNNEM. *ad d. l. 3. n. 8.* RIVIN. *Enunc. Iur. Tit. 9. Enunc. 13.* 4) Qui *naturaliter maior* factus, nulla aduersus adeptam maiorennitatem restitutione gaudet, bene tamen qui *ciuiliter maior* factus, si administrationi rerum suarum se imparem esse videat. IO. MAVRIT. de *Restitut. in integr. c. 226. n. 2.* SFORT. ODDVS *de Restitut. in integr. part. 1. Q. 23. art. 10. n. 45.*

DISTINCTIO IV.

Inter Restitutionem *minorenni* & *collegio alicui*, *item ecclesiæ* competentem.

Priori, vt dictum, quadriennium demum currit a tempore adeptæ maiorennitatis, posterioribus autem ex tempore celebrati contractus, & per consequens illatæ læsionis, G) *c. 1. & 2. de integr. restit. in 6.*

❀ ❀ ❀ ❀ ❀ ❀ ❀ ❀ ❀ ❀ ❀ ❀ ❀ ❀ ❀

LIB. IV. TIT. V.

De Capite minutis.

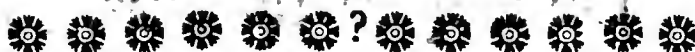
DISTINCTIO I.

Inter capitis deminutionem *maximam*, *mediam* & *minimam*.

Si aliquis maximam, vel mediam capitis deminutionem patiebatur, restitutione opus non erat, sed fiscus, qui bona con-

G) Modo læsio illa *ad notitiam* Ecclesiæ peruenerit, alioqui læsione incognita, quadriennium haud currit. DN. BÖHMER *Iur. Eccles. Lib. 1. Tit. 41. §. 9.* LINCK. *in Comment ar. ad Decret. eod. §. 4.*

condemnati sibi vindicabat, ad omnia debita soluenda tenebatur, *l. 2. pr. ff. h. t.* At, si quis emancipabatur, tunc eo ipso corruebant omnes actiones, quæ ante contra ipsum competierant, vendebatur enim filius in imaginariam seruitutem, *l. 3. §. 1. h. t.* de quo fuse Huberus *in Digress. Iustin. P. 1. l. 1. c. 4. §. 4.* Seruus autem non est capax obligationis. Hodie cessat ea imaginaria venditio, & sic quoque restitutione prætoris opus non est, cum non obstante emancipatione, omnes actiones saluæ maneant, conf. *l. vlt. C. de emancip.* vbi expressis verbis sententia nostra confirmatur.



LIB. IV. TIT. VI.

Ex quibus causis maiores XXV. annis in integrum restituuntur.

DISTINCTIO I.

Inter Absentiam *veram* & *fictam*.

Contra ficte absentes, v. gr. furiosos, pupillos, &c. plane non currit vsucapio, sed ea dormit, vid. Struu. *S. I. C. Ex. 43. th. 26.* secus in vere absen-

ſentibus, de quibus mox diſtincte agendum.

DISTINCTIO II.

Inter Abſentiam *ordinariam, ſ. negatiuam*, & *extraordinariam, ſ. priuatiuam.*

Propter priorem non datur reſtitutio, ſed tempus vſucapionis longi temporis ſaltem duplicatur, de quo in *pr. I. de Vſucap.* Propter poſteriorem tamen aliquando illa reſtitutio conceditur, iuxta diſtinctionem ſequentem.

DISTINCTIO III.

Inter Abſentiam *neceſſariam* & *voluntariam*, & vtramque vel *laudabilem*, vel *vituperabilem*, vel *indifferentem. ſ. mediam.*

Laudabilis, ſiue ſit voluntaria, vt ſtudioſorum, ſiue neceſſaria, vt militum, legatorum, &c. ſemper parit reſtitutionem, licet aliquis procuratorem non reliquerit: *v. l. 4. 5. 6. 7. 8. & 28. pr. ff. h. t.*

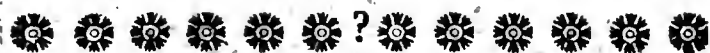
Idem obtinet in *neceſſaria indifferente*, v. g. ſi quis a latronibus, aut pyratis, capitur, nam hæc neceſſitas præuideri & ſic procurator conſtitui non potuit, *vid. l. 9. 14. & 23. § 2. ff. h. t. l. 26. ſ. vlt. eod.*

Voluntaria vituperabilis nullo plane caſu reſtitutionem præbet, v. g. ſi quis delictum commiſit, & poſtea aufugit, aut alias contumax eſt, *v. l. 2. §. 8. & 9. ff. ſi quis caut. in iudic. ſiſt. cauſ. fact.*

Propter *neceſſariam vituperabilem*, e. gr. in relegatis, & *voluntariam indifferentem*, v. g. in mercatoribus, tunc demum datur reſtitutio, ſi abſens ante abſentiam ſuam procuratorem conſtituit, hic autem negligens fuit, & tamen non eſt ſoluendo, vt adeo principalis regreſſum ſuum contra eum inſtituere nequeat, *l. 26. §. 1. ff. h. t. A*) v. Struu. *Ex. 8. th. 73.* Si ergo negligens fuit mercator, & relegatus, & procuratorem non conſti-

A) Textus ipſe de mercatoribus haud loquitur, vnde alii prorſus reſtitutioni locum eſſe, negant, v. OLDENDORP. *Action. forenſ. progymn. Claſſ. 6. Act. 9. n. 3. verſ. multo minus.* MANZ. *ad h. t. n. 60.* alii tunc demum reſtitutioni locum concedunt, ſi ex abſentia mercatoris *vtilitas aliqua in rempl. redundet*, puta, ſi peregre abeat, merces ciuitati ſuæ vtiles, vel neceſſarias, adportaturus. SFORT. ODDVS *de Reſtit. in integr. part. 1. Q. 7. art. 16. n. 147.* cui ſententiæ fauet *L. 5. §. 3. ff. de Iur. immunit.* in qua dicitur, quod negotiatores, *qui annonam vrbis adiuuant*, reipl. cauſſa abſint.

ſtituit, ſibi hoc imputet, & damnum ex culpa ſua pronatum ferat, *v. l. 16. b. t.*



LIB. IV. TIT. VII.

De Alienatione iudicii mutandi cauſa facta.

DISTINCTIO I.

Inter Alienationem *inter viuos* & *per vltimam voluntatem* factam.

Prohibitio huius tituli ad actus inter viuos pertinet, non autem ad vltimas voluntates, quippe in quibus malitioſus animus alienantis non præſumitur, *vid. l. 8. ſ. 3. ff. b. t.*

DISTINCTIO II.

Inter Alienationem *voluntariam* & *neceſſariam.*

Priorem prohibet prætor in hoc titulo, non poſteriorem, *l. 10. pr. b. t.* v. gr. ſi quis alienat ad alimenta conſequenda: ad dotem filiæ conſtituendam, &c.

LIB. IV. TIT. IIX.

De Receptis, qui arbitrium receperunt, &c.

DISTINCTIO I.

Inter *Arbitros* & *Arbitratores*.

Arbitri inſtar iudicum procedunt, obſeruato ordine iudiciario: *Arbitratores* in contractibus adhibentur, v. gr. ad pretium in emtione, aut mercedem in locatione, definiendam. Vtriusque tamen deciſum eundem effectum habet. *A*)

DIST.

A) Mihi aliter videtur. Sententiæ arbitri *omnino* ſtandum, ſiue æqua, ſiue iniqua ſit, nec locum habet reductio ad arbitrium boni viri de Iure Romano, *l. 27. ſ. 2. ff. b. t.* PEREZ *ad C. eod. n. 14. ibique* EYBEN. *in not.* quæ tamen obtinet, ſi *arbitrator* inique pronunciauit. *l. 76. ſ. f. ff. Pro ſoc.* Dixi: *de Iure Romano*, hodie enim ſi quis per ſententiam arbitri *enormiſſime* læſus ſit, reductioni vtique locus. Vid. B. AVCTOR *diſp. de Effect. & obligat. laud. ſ. 43.*

DISTINCTIO. II.

Inter Arbitros ex *legis dispositione* & *libera partium voluntate* electos.

Prioribus inuiti etiam causarum decisionem subiicere tenentur, quo refero *Austregas* intuitu Statuum imperii, de quibus in iure publico agi solet: ad posteriores vero constituendos nemo inuitus cogi potest, sed audiendus est, si iudicem competentem adire intendit.

DISTINCTIO III.

Inter *Arbitrum* & *Iudicem*.

Iudex publica autoritate pollet, atque adeo non solum *decernendi*, sed & *exsequendi* potestatem habet; at arbiter priuato consensu constituitur, & sic cognoscit quidem, sed non exsequitur. *B*) Iudex etiam in reconuentione iudicat, non arbiter, *c. 6. X. de arbitr.* Iudex subdelegat, sed non arbi-

B) Sed sententia eiusdem executioni mandatur a *iudice ordinario*, & quidem *rei*. BRVNN. *ad l. 5. C. h. t. n. 14.*

biter. Arbitri poteſtas ceſſat, quam primum in cauſa pronunciauit; iudicis autem ad alias quoque cauſas extenditur. A ſententia iudicis appellatur, non autem a laudo arbitri, quippe cui ſimpliciter ſtare tenentur partes, ob compromiſſum, niſi arbiter doloſe egerit. Dicunt quidem communiter, partibus licitum eſſe, vt per ſolam contradictionem, intra decem dies factam, laudi effectum intercipiant, quem in finem allegantur *l. 5. pr. C. h. t.* aliæque; ſed ſi dicendum, quod res eſt, ius Romanum tunc loquitur de caſu, vbi per nudum pactum compromiſerant partes, quod exiguum effectum producebat. Aliud, ſi ſtipulatio acceſſerat, quo de caſu accipienda *l. 27. ſ. 2. h. t.* Hodie ergo, quia pacta ſtipulationibus ratione obligationis exæquantur, aliud etiam dicendum erit eorum intuitu, ſcilicet, non poſſe ſententiam arbitri impugnari, niſi ex illis cauſis, ex quibus alias conuentiones impugnare permittitur, vid. *Doctrin. ff. h. t. ſ. vlt.*

LIB. IV. TIT. IX.

Nautæ, Caupones, Stabularii, vt accepta restituant.

DISTINCTIO I.

Inter Actionem *de receptis* & *in factum*.

Prior datur ex quasi contractu, quando vectoribus & hospitibus citra omnem exercitoris culpam, v. gr. ab aliis hospitibus, furtum fit, vel damnum infertur, & hæc *ad simplum*: Posterior ex quasi delicto nascitur, quando nempe exercitoris serui *A*) hospitibus nocent, & *duplum* petitur. Hæc differentia sine dubio hodie cessat, non quidem, quia id asserunt Vinnius, Grönewegen, & Gudelinus, alle-

A) Ob damnum datum a *seruis*, in sensu iuris R. talibus, hæc actio non patet, quum seruus sit *domesticum malum*, & sic ignoscendum sit domino, si eum *noxæ dedere* paratus sit. *l. vn. §. 5. ff. Furti aduersus nautas.* Ergo AVCTOR *de operariis conductitiis* intelligendus.

allegati a Lauterbachio; sed quia id **praxis** fori comprobat. Interim ea distinctio alio respectu adhuc vsum habet. Nempe actio de receptis etiam contra heredes datur, actio in factum regulariter non; quia est ex quasi delicto, *l. 7. §. 6. ff. h. t.*



LIB. V. TIT. I.

De iudiciis.

DISTINCTIO I.

Inter Iudicium *publicum* & *priuatum*.

In publico ad publicam: in priuato ad priuatam satisfactionem agitur. In publico iudex ex officio procedit: in priuato obtinet vulgatum: Wo kein Kläger ist, da ist auch kein Richter. In publico litis contestatio ab ipso reo fieri debet oretenus: in priuato autem in scriptis etiam, & per procuratorem fieri potest. In publico tortura irrogatur: in priuato regulariter non, nisi prægnans sit, *A*) & maximam quantitatem con-

A) Torturæ in caussa *ciuili* tum demum locus est, si *crimen adnexum habeat* tale, in quo

concernat. In publico etiam durantibus feriis proceditur, *l. 5. C. de fer.* non autem in priuato. *B*) Adde & hoc ex moribus Romanis: in publico quilibet ex populo agebat: in priuato is saltem, quem causa concernit, &c.

DISTINCTIO II.

Inter Iudicium *ecclesiasticum* & *seculare.*

Conf. quae diximus *ad tit. de Iurisdict. dist. IIX.* Iudicium ecclesiasticum apud

quo de *sui natura* reus potest torqueri. Sic mercatores, qui dolose bona sua dilapidarunt, ad hoc, vt pecunias sibi creditas, nec non chirographa, & rationes, quas penes se habere negant, creditoribus suis indicent, tormentis subiici possunt, quum furto hoc crimen sit simillimum. Sic testes, in *caussa ciuili ardua* veritatem occultantes, torqueri possunt, quoniam a suspicione falsi haud immunes sunt. CARPZOV. *Pract.crim. part.3. Q.119. n.37.seqq.* Idem dicendum de eo, qui *thesaurum, in fundo alieno* repertum, occultat, quum & is furi haut sit absimilis. CARPZ. *d. Tr. part. 2. Q. 86. n. 25.*

B) Exceptiones habet B. AVCTOR *Doctr. Pand. Tit. de Feriis §. 7.*

apud pontificios limites suos nimium extendit, ob dominandi libidinem, quæ apud corruptum clerum deprehenditur, licet pii prætextus nunquam defuerint. Hinc caussas matrimoniales, sagarum & sortilegiorum, miserabilium personarum, vsurariæ prauitatis, iuramentorum, & quæ sunt similes, ad se traxerunt iudices ecclesiastici, vid. Lancellot. *Instit. iur. can. l. 3. tit. 1. §. 3.* Ziegler. *in not. ad eund. loc.* vnde apud pontificios maximus huius distinctionis vsus est in fauorem cleri, & in odium laicorum. Quid autem apud euangelicos? Certe, quia Principes nostri iura per clerum ablata postliminio iterum recuperarunt, differentia etiam inter iudicia secularia & ecclesiastica prorsus cessare debebat. Sed ex erronea hypothesi, quod Principes Euangelici duplicem personam sustineant, Episcopi alteram, alteram autem Principis, illa distinctio apud nos adhuc retenta fuit, ita vt caussæ clericorum, quo pertinent etiam scholæ ministri, æditui, *C*) &c. nec non quæ res sacras, & bona ecclesiastica, sepulturam, *D*) matrimo-

C) Confer heic B. AVCTOR Einleit. zum *Consistorial*-Proc. *c. 5. §. 7.* vbi extra Saxoniam, multis in locis, & scholæ Ministros, & ædituos, ICtioni iudicis *secularis* subiectos esse tradit.

D) Caussas sepulturarum *mixti fori* esse, docet AVCTOR *d. Tr. cap. 6. §. 18.*

monialia, disciplinam ecclesiasticam &c. concernunt, in Consistoriis, Episcopum repraesentantibus, ventilentur. Excipiuntur delicta clericorum grauiora, vbi Consistorium vel plane non cognoscit, vel ad minimum tamen pœnam non exsequitur, sed condemnatum, praeuia degradatione, iudici seculari tradit, Brunnem. *Proc. inquis. c. 3. n. 28. 29. & c. 10. n. 26.* Possent tamen Principes nostri Consistoria plane tollere, si vellent, quamuis, vt hoc fiat, nulla necessitas efflagitet. In nonnullis ciuitatibus imperialibus, v. g. Noribergae, Hamburgi, senatus res promiscue expedit, & ibi distinctionis praesentis propterea nullus vsus est. In Palatinatu quoque & Hassia matrimonialia apud iudicem secularem pertractantur, & recte, quia matrimonium non est sacramentum, v. Illustr. Dn. Stryk. *ad Brunnem. ius Eccles. l. 3. c. 1. §. 17.* & de natura Consistoriorum, Excell. Thomasius in Recht Evangelischer Fürsten *P. 1. thes. 5. §. 12.*

DISTINCTIO III.

Inter Iudicium *simplex* & *duplex*.

Vsum distinctionis communiter in eo ponunt; quod in iudicio duplici, v. gr. finium regundorum, familiae herciscundae, communi diuidundo, &c. vterque actoris & rei ius habeat, in simplici autem alteruter solum-

ſolummodo; ſed in effectu parum intereſt. Nam & in ſic dictis duplicibus iudiciis vnum ſaltem habemus actorem, vnum reum, quem in finem, ſi ambo eodem tempore, quod tamen rarius fieri puto, ad iudicium prouocent, ſorte res dirimitur, quis reus eſſe debeat, vid. Carpz. *P. 1. C. 7. D. 23.* add. Zanger. *de Except. P. 2. C. 1. num. 385.* Diſſert. noſtr. *de iudic. fortun. membr. 3. §. 4.* alias vero pro actore habetur, qui prius ad iudicium prouocauit.

DISTINCTIO IV.

Inter Iudicium *reale* & *perſonale*. *E*)

Conf. quae diximus *ad tit. de rer. diuiſ. diſtinct. I.* iudicium enim reale ex iure in re; perſonale ex iure ad rem proficiſcitur.

DISTINCTIO V.

Inter *Petitorium* & *Poſſeſſorium.*

In poſſeſſorio non conſequimur ius perpetuum, ſed temporarium ſolum, donec alter

E) Adde: *& mixtum*, quando actio partim ex iure in re; partim ex iure ad rem oritur, *§. 1. 20. I. de Action.* quorſum pertinent actio *finium regundorum*, *familiae erciſcundae*, *communi diuidundo*, & *hereditatis petitio.*

alter in petitorio contrarium probauerit. At, qui in petitorio semel obtinuit, ille perpetuum effectum exinde sortitur. Et hinc, quia per possessorium, licet succumbamus, non adeo magnum præiudicium nobis infertur, quam per petitorium, hinc, inquam, in possessorio non admittuntur exceptiones altioris indaginis, *conf. l. f. C. quor. bon.* nec remedia suspensiua, v. g. appellationis, *F*) leuterationis, &c. Scaccia *de Appellat. quæst. 17. limit. 6. membr. 2. n. 2. seqq.* Lud. Posthius *in tr. de summ. possess. obs. 106. n. 7. seqq.* Finckelth. *obs. 117. n. 12.* quæ omnia in petitorio secus se habent.

DISTINCTIO VI.

Inter Iudicium *vniuersale*, *generale* & *singulare*.

In vniuersali & generali, v. gr. hereditatis petitione, actione tutelæ, pro socio, &c. libellum generaliter formare licet, man klaget auf edition eines inuentarii, und auf restituirung der Erbschaft, oder anderer Sachen, Lauterbach. *comp. iur. tit. de edend.* in iudicio singulari autem petitum specifice est formandum, alias tanquam ineptus reiicitur libellus.

DIST.

F) Confer. notand. infra ad Tit. *de Interdictis Distinct. 1.*

DISTINCTIO VII.

Inter Iudicium *ordinarium* & *extraordinarium*, siue *summarium*.

Quodlibet iudicium regulariter est ordinarium, G) vnde si actor dicit, hoc vel illud esse summarium, tunc probatio ipsi incumbit. Communiter autem ea iudicia sunt summaria, vbi vel *publicus fauor* adest, v. gr. in caussis fiscalibus, tributorum, &c. vel si *caussam piam* controuersia concernit, v. gr. in caussis ecclesiarum, miserabilium personarum, in legatis ad pias caussas, &c. vel denique *si res moram non patitur*, vt in caussis alimentorum, *H*) &c. v. Zanger *de Except. p. 1. c. 1. n. 60. seqq. Ord. Cam. p. 3. tit. 2.* In caussis summariis non attenduntur promiscue exceptiones dilatoriæ, non conceduntur

tur

G) Rationes has expromit MEV. *part. 1. Dec. 171.* 1) quod tamdiu standum sit *regulæ*, donec doceatur *exceptio*, atque adeo quæuis caussa *ordinaria* censenda sit, donec adparet a L. vel consuetudine eam esse redditam *summariam*, 2) quoniam partes *rei* sunt fauorabiliores, quam partes *actoris*, vnde in dubio Caussa præsumitur *ordinaria*, quum reus in hac *pleniori* gaudeat *defensione*.

H) *Præsentium*, & *futurorum*, non *præteritorum*. ZANGER. *d. l.*

tur ordinariæ dilationes, &c. sed de simplici & plano proceditur. Aliud in ordinariis. Caussas summarias ordinarie potest tractare *I*) actor, sed non vice versa. Multa de processu summario *K*) habet Brunn. *Proc. Ciu. c. 1. n. 16 seqq.*

DISTINCTIO VIII.

Inter Iudicium *ciuile* & *criminale*.

Hæc coincidit cum *Dist. I.* inter iudicium publicum & priuatum. Ergo eadem hic repetenda, quæ ibi dicta sunt.

DISTINCTIO IX.

Inter Iudicium *præparatorium* & *principale*.

In præparatorio, v. gr. actione ad exhibendum, agitur summarie, quia in hoc præ-

I) *Inuito reo* hoc vix licebit, quum & huius interesse poscit litem celeriter expediri. DN. de BERGER *Oecon. Iur. Lib. 4. Tit. 30. §. 1. Not. 1.*

K) In *Electoratu Saxoniæ* differentia inter processum *ordinarium* & *summarium* penitus sublata, exceptis *caussis exsecutiuis*, & *possessorio summario*. ORD. PROC. RECOGN. Anhang §. 1.

præiudicium adeo magnum reo non infertur; sed in principali regulariter ſecus.

DISTINCTIO X.
Inter *veram* & *quaſi* Litis conteſtationem.

Quaſi litis conteſtatio inducitur propter rei in non reſpondendo contumaciam; vera fit vel oretenus, vel in ſcriptis. In quaſi litis conteſtatione extra Saxoniam ſaltem fingitur, quod reus negatiue reſponderit, in Saxonia etiam affirmatiue. Vera autem interdum adfirmatiue interdum negatiue fit. Ceterum vtriusque effectus vnus eſt idemque in cauſſis ciuilibus. *L*)

DISTINCTIO XI.
Inter Litisconteſtationem *ſolennem* & *minus ſolennem*.

Solennis requiritur in cauſis ordinariis, & ſupponit contradictionem directam eorum, quæ ab actore adferuntur. Minus ſolennis colligitur ex omni actu contradictorio, v. gr. ſi dicat reus, Er proteſtire wieder des Klägers Vorbringen, wiſſe nicht, was

L) Quid in cauſſis *criminalibus* obtineat, de eo vid. *infr. Lib. 42. Tit. 2. Diſtinct. 3.* ibique *Notand.*

was Kläger an ihm suche, oder von ihm haben wolle, &c. & hæc in iudiciis summariis sufficit.

DISTINCTIO XII.

Inter Litis Contestationem *generalem* & *specialem*.

Iuxta ius commune & praxin hodiernam extra Saxoniam, idem est, an quis speciatim ad singula libelli puncta, an vero generaliter: *nego narrata, prout narrantur*; ad totum libellum respondeat. Vsus tamen distinctionis in foris Saxonicis deprehenditur, quippe in quibus generalis litis contestatio non admittitur. *M*)

DISTINCTIO XIII.

Inter Litis Contestationem *affirmatiuam* & *negatiuam*. *N*)

Negatiua proprie est litis contestatio. Circa affirmatiuam distinguendum: Aut

M) Imo nex extra Saxoniam debet admitti. Conf. B. AVCTOR Einleit. zum *Ciuil-Proc. cap.* 13. §. 10.

N) Hæc vel *mixta*, seu *limitata*, vel *simplex*, seu *illimitata*, *illa*, quum reus ad *certa* libelli capita *adfirmatiue*, ad *certa negatiue* respondet; *hæc*, quum reus ad to-

Aut reus ſimpliciter fatetur intentionem actoris, aut exceptionem peremtoriam adnectit. Priori caſu non poteſt dici litis conteſtatio, quia nulla lis amplius adeſt; ſecus caſu poſteriori, & tunc reus onus probandi in ſe ſuſcipere tenetur, vid. Struu. *iurispr. Rom. Germ. l. 4. Tit. 9. §. 2.*

DISTINCTIO XIV.

Inter Litis Conteſtationem *puram* & *euentualem*.

Pura fit, poſtquam exceptiones dilatoriæ de-

rum libellum *pure negatiue* reſpondet. Vſus huius diſtinctionis inſignis eſt reſpectu formulæ pronuntiandi. Priori caſu enim ſententia interlocutoria ita ſe habet: Dieweil Beklagter auf die erhobene Klage geantwortet, und derſelben nicht allenthalben geſtändig, ſo iſt Kläger den Grund derſelben, und ſo viel ihm daran verneinet, binnen Sächſiſcher Friſt, wie recht, zu erweiſen ſchuldig. Poſteriori caſu hunc in modum pronuntiari ſolet: Dieweil Beklagter auf die erhobene Klage geantwortet, und derſelben allenthalben nicht geſtändig, ſo iſt Kläger den Grund derſelben binnen Sächſiſcher Friſt, wie recht, zu erweiſen ſchuldig. vid. DN. MENCKEN. *Tractat. Synopt. proc. Tit. 16. §. 5.*

decisæ fuerunt: *O*) euentualis ipsis hisce dilatoriis statim adnectitur. Vsus in Saxonia se exerit. Ibi enim statim *P*) litis contestatio exceptionibus est subiicienda, *Q*) nisi reus in expensas condemnari velit. Extra Saxoniam vero perinde est, siue pura sit, siue euentualis litis contestatio. Vtraque etiam alias eundem post se trahit effectum.

DISTINCTIO XV.

Inter *Actorem* & *Reum*.

Actor regulariter nonnisi *volens* actionem instituit; Reus contra *inuitus* conuenitur, vnde etiam fugiens appellari solet.

O) Clarius AVCTOR *Doctr. Pand. h. t.* §. 33. quum reus *sine oppositione exceptionum dilatoriarum*, mox ad contenta libelli respondet.

P) Imo & extra Saxoniam. vid. R. I. *de an.* 1654. §. 40. ibique TEXTOR. *Disp.* 4. *th.* 40. *seq.* Cammer-Gerichts-Ordnung der Marck Brandenburg *Tit.* 23. *§.* 5.

Q) Nisi reus admodum probabilem exceptionem fori declinatoriam opponat, vbi euentualis L. C. omitti potest. ORD. PROC. SAXON. *Tit. XI.* §. 2. RIVIN. *Enunc. Iur. Tit. XI. En.* 5.

ſolet. In eligendo iudice competente non ad actorem, ſed ad reum reſpicitur. Rei partes ſemper ſunt fauorabiliores, quam actoris, *l. 25. ff. de R. I.* vnde ſi vterque æquales attulit probationes, in dubio in fauorem rei pronunciandum, Struu. *S. I. C. Ex. 28. th. 13.* Actor probare tenetur, non reus. *R*) Hic enim licet nihil probauerit, vel in probando defecerit, tamen abſoluitur, actore non probante, *l. 4. C. de edend.* Mascard. *de probat. concluſ. 36. num. 37.* Pro defenſione rei admittuntur teſtes inhabiles, non

R) Fallit hoc 1) ob *ſpeciale priuilegium actori competens*, quod onus probandi in reum deuoluit. Exemplum in *l. 25. §. 1. ff. de probat.* ſi actor, condictionem indebiti intentans, ſit pupillus, minor, mulier, miles, agricultor, rerum forenſium expers, vel alias ſimplicitate gaudens, & deſidiæ deditus, tunc enim *reus* probare debet, ſe *debitum accepiſſe*, non actor, ſe *indebitum ſoluiſſe*. 2) Si *præſumtio iuris pro actore militet*, e. g. in actione negatoria. 3) Ob *conditionem ipſius rei in iudicium deductæ*, puta, ſi priuatus rem poſſideat, vel regalem, vel domanialem, vbi titulum poſſeſſionis probare cogitur. MEV. *part. 4. Dec. 357.* Add. STRYK. *Diſp. de Neceſſitat. edend. titul. poſſeſſionis cap. 3. per tot.*

non autem ad intentionem actoris probandam, Farinac. *quæst. 62. num. 90. seq.* Brunn. *Proc. ciu. c. 20. num. 24.* Reo plures dilationes *S*) dantur, quam actori, *v. l. fin. ff. de feriis & dilat.* &c.

DISTINCTIO XVI.

Inter Forum *domicilii* & reliqua, *rei sitæ, contractus, delicti, & continentiæ caussarum.*

Forum domicilii est *generale*, quia in eo actiones reales & personales, ex contractu & delicto, institui possunt; *T*) reliqua sunt *specialia*.

DISTINCTIO XVII.

Inter Domicilium *originis* & *habitationis*.

Prius de iure ciuili erat immutabile, vnde

S) Nimirum in capitalibus caussis, *tres*, adcusatori vero *duæ*, *d. l. fin.*

T) *Exceptio* est, si quis ob *gestam administrationem* conueniatur, vbi in foro domicilii conuentus, hoc declinare ac prouocare potest ad *forum gestæ administrationis*, quia ibi faciliores adsunt probationes. *L. 2. C. Vbi de ratiocin.* DECIS. SAXON. 36. ib. PHILIPP. *Obseruat. 2.*

de in eo ſemper quis conueniri poterat, quamuis alio loco habitaret, *l. 6. pr. &* §. *1. ff. ad municip.* poſterius autem pro lubitu toties mutatur, quoties placuerit. Hodie vero iuxta DD. conſenſum, hæc diſtinctio vſum amplius non habet, cum, poſtquam aliquis domicilium ſuum ex loco originis alio rſum tranſtulit, domicilium originis non amplius attendatur, vid. Carpz. *de Proceſſ. tit. 3. art. 1. num. 58.*

DISTINCTIO XVIII.
Inter Domicilium *commune* & *peculiare.*

Commune erat Roma, *l. 33. ff. ad municipal.* in quo omnes ex toto imperio Romano conueniri poterant. Hodie tale non amplius habemus; & ſic vſus diſtinctionis eſt nullus. Statuum ſubditi enim licet Viennæ deprehendantur, non tamen ibi conueniri poſſunt, quia eo ipſo ſuperioritati territoriali præiudicium inferretur. Et quamuis porro ſubditi Brandenburgici Berolini deprehendantur, illi tamen nec ibi forum ſortiuntur, quia ſic beneficium primæ inſtantiæ amitterent, vid. Ordin. Camer. *p. 2. Tit. 1.* §. Es ſoll auch 2. Illuſtr. Dn. Stryk. *Vſ. mod. ff. h. t.* §. *19.*

DISTINCTIO XIX.

Inter Domicilium *voluntarium* & *necessarium.*

Prius mutatur pro lubitu, non autem posterius, cuius exemplum in vxore, relegato ad certam insulam, &c.

DISTINCTIO XX.

Inter Officium iudicis *nobile* & *mercenarium.*

Prius exercetur, licet actor non adsit, scilicet in causis criminalibus atrocioribus, ad nudam denunciationem, vel præcedentem famam publicam. Hic enim publicum interesse præcipue versatur. E contrario autem, vbi causa mere ciuilis est, & priuatam vtilitatem respicit, ibi exercetur mercenarium. Quamdiu enim creditor iudicem non implorat, tamdiu iudex etiam quiescit. Dicis forsan: at tamen potest esse pauper aliquis, cui non suppetunt sumtus in processum impendendi, ergo tunc iudex ex officio nobili procedet; sed ne tunc quidem eum hoc facere posse, respondeo. Potest enim pauper ad iuramentum paupertatis se offerre, eoque præstito, omnia in iudicio gratis obtinet, quod dum non facit, sibi imputet. Omnino itaque hoc respectu huius distinctionis adhuc est vsus.

Et iudex, qui in causis mere priuatis ex officio procedere vellet, se suspectum redderet. Dico vsum distinctionis esse *hoc respectu.* Quod si enim officium nobile dicitur, quod prætor; mercenarium autem, quod iudex pedaneus exercebat: facile largior, distinctionem hodie applicari non posse.



LIB. V. TIT. II.

De inofficioso Testamento.

DISTINCTIO I.

Inter Querelam *inofficiosi* & *nullitatis.*

Hæc posterior pinguior est priori. Per querelam enim inofficiosi regulariter sola heredis institutio rescinditur, legata autem, fidei commissa, tutoris datio, & si quæ alia sunt capitula, subsistunt; ast querela nullitatis & principale & accessoria in testamentis remouet, *A*) *v. Do-*

A) Imo potius distinguendum: Vtrum testa-

v. Doctrin. ff. de iniust. rupt. irrit. §. *II.* Querela inofficiosi praescribitur quinquennio, *arg. l. 8.* §. *f. ff. b. t.* querela nullitatis autem, tanquam remedium iuris ciuilis, triginta annis demum. Qui testamentum tanquam inofficiosum impugnauit, & non obtinuit, ille omnia emolumenta in testamento relicta amittit, *B*) & fiscus ea sibi capit, *l. 8.* §. *14. ff. b. t.* secus est, si testamentum nullum dicit, *l. 5.* §. *1. ff. De his quae vt indign.* Nullum autem dicitur, quoties quid ex solennitatibus deficit, vel inhabilitas in persona testatoris adfuit. *C*) Adde, quod querela nullitatis in heredes transeat, non autem querela

stamentum nullum sit ob *defectum solennium*, vel *inhabilitatem testatoris*, vel *deficientem heredis institutionem*, vel, quod *vi aut dolo extortum* sit, & valet AVCTORIS sententia; an vero ob *praeteritionem*, vel *iniustam exheredationem* adscendentium & descendentium, nullitate laboret, & *sola heredis institutio* corruit, saluis manentibus reliquis capitulis. Conf. STRYK. *Cautel. Testam. cap. 19.* §. *46. seq.*

B) Minori tamen parcitur. *l. 5.* §. *9. ff. De his, quae vt indign.*

C) Vid. *not.* paullo ante *lit. A.*

rela inofficiosi *D*) *l.* 7. *ff. l.* 34. *& l. pen. C. h. t.*

DISTINCTIO II.

Inter *Actionem suppletoriam, siue expletoriam E*) *& querelam inofficiosi.*

Prior locum habet, quoties aliquid, licet etiam minimum sit, hereditatis titulo in testamento relictum fuit, §. 3. *I. h. t.* posterior, si nihil. *F*) Prior ergo heredis institutionem integram non rescindit, bene tamen posterior. Prior iterum durat 30. annis, quia est remedium iuris ciuilis, posterior, vt modo dictum, quinquennio saltem.

DIST.

D) Vid. infr. *libr.* 28. *Tit.* 3. *distinct.* 1. *ib. not.*

E) Commodius hæc actio vocatur *Condictio ex Lege.* vid. PEREGRIN. *de Fideicommiss. Art.* 36. *n.* 153. GAIL. *Lib.* 2. *Obs.* 120. *n.* 1. Quum enim *lege noua,* scilicet *L.* 30. *C. h. t.* obligatio introducta, nec cautum sit eadem lege, qua actione agatur, merito ad nomen illud generale recurrimus. vid. *L. vn. ff. de Condict. ex Lege.*

F) Hoc casu non querela *inofficiosi,* sed *nullitatis* locum habet. vid. AVCTOR. *Doctr. Pand. h. t.* §. 10. *seq.*

DISTINCTIO III.

Inter Querelam ab *adscendentibus* & *descendentibus*, nec non *a fratribus* institutam.

Fratrum querela totum testamentum, etiam legata & reliqua euertit, in *Nou.* 22. *c.* 47. enim ius vetus non mutatum, *G*) de quo in *l.* 8. §. 16. *ff. h. t.* quod tamen quoad descendentes & adscendentes factum in *cit. Nou.* 115. *c.* 3. *inf. H*)

G) Regula Iuris veteris est: *Corruente heredis institutione, tanquam principali, corruunt quoque legata, tanquam adcessorium*, a qua quum sola *adscendentium* & *descendentium* testamenta Iure nouo sint excepta, obtinet vulgatum illud: *Exceptio in casibus non exceptis regulam firmat.*

H) Alia differentia est, quod *fratres*, querelam mouentes, se *non ingratos* fuisse, docere debeant, non vero *adscendentes* & *descendentes*. vid. AVCTOR *Doctr. Pandect. h. t.* §. *vlt.*

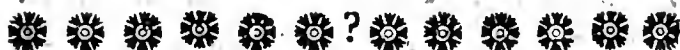
LIB. V. TIT. III. & seqq.

De Hereditatis Petitionibus.

DISTINCTIO I.

Inter Hereditatis petitionem *ciuilem*, *prætoriam*, *siue possessoriam* & *fideicommissariam*.

Differunt hæ species quidem diuerso conceptu, verum si ad modum procedendi & effectum respiciamus, vtrobique nihil interest, nisi forsan hoc adferre velis, quod is, qui fideicommissaria hereditatis petitione vtitur, dodrantem saltem consequatur, reliqui autem totam hereditatem.



LIB. VI. TIT. I. & II.

De Rei Vindicatione, & publiciana in rem actione.

Differunt hæ duæ actiones primo *ratione causæ efficientis*, quod rei vindicatio ex iure ciuili, publiciana autem

rem actio ex iure prætorio descendat, §. 4. *I. de act.* Sed hæc differentia parum vtilitatis in foro præbet, cum ratione obligationis apud nos inter vtrumque ius, prætorium & ciuile, nulla deprehendatur disparitatis ratio. Vsus ergo in *probatione* sese exerit. *A*) Scilicet in rei vindicatione ipsum dominium præcise probari debet, quod admodum difficile est; sed vero in actione publiciana sufficit, modo actor probare queat, se *titulo ad transferendum dominium habili* rem controuersam comparasse, *l. 3. sqq. ff. b. t.* in rei vindicatione ergo ita formatur medius terminus in libello: Wenn mir dann nun diese Sache *iure dominii* zuständig: in publiciana e contrario sequentem in modum: Wenn mir dann nun diese Sache *iure Dominii vel quasi* zuständig. Fluit hinc vsus practicus, vt aduocatus, libellum formaturus, posteriori potius, quam priori formula vtatur.

A) Exserit se quoque in eo, quod rei vindicatio aduersus *quemcunque possessorem*, publiciana vero aduersus eum duntaxat, qui *infirmiori iure possidet*, detur: AVCTOR *Doctr. Pand.* §. 2. *h. t.*

LIB. VI. TIT. III.

Si Ager vectigalis, id est, emphyteuticarius petatur.

DISTINCTIO I.

Inter Emphyteusin *ciuilem* & *ecclesiasticam*.

Ad emphyteusin ecclesiasticam constituendam scriptura, per modum essentialis requisiti, exigitur, quod in omnibus contractibus ecclesiarum ita obtinet, *l. 14. & Auth. Hoc ius C. de SS. Eccles.* sed in emphyteusi ciuili solus consensus sufficit. Deinde emphyteusis ecclesiastica amittitur, si emphyteuta canonem per biennium non soluit; sed in ciuili triennium obseruatur, *v. l. 2. C. de iur. emphyt. Nou. 7. c. 3. §. 2.* Olim quoque emphyteusis ecclesiastica vltra nepotes non extendebatur, *Nou. 7. c. 3.* quod tamen postea mutatum in *Nou. 120. c. 6. §. 1.* & de iure canonico, per *c. 7. X. de reb. eccles. non alien.*

DISTINCTIO II.

Inter Emphyteusin *ex pacto* & *prouidentia* & *hereditariam*.

Prior *pro se & liberis* accepta, ad solos descendentes primi acquirentis; posteri-

ſterior autem, quæ *pro heredibus* conſtituitur, ad quoscunque heredes tranſit, vid. Struu. *S. I. C. Exerc. 11. th. 65.*



Lib. VII. Tit. I.

De Vſufructu.

DISTINCTIO I.

Inter Vſumfructum *cauſalem* & *formalem*.

Prior competit domino in re propria, & non eſt ſeruitus, propria enim res nemini ſeruit. Poſterior in re aliena conſtituitur, & eſt illa ſeruitus perſonalis, de qua in h. t. agitur. Termini huius diſtinctionis inuenti ſunt a DD. grillis metaphyſicis adſuetis, & rem, vt puto, non faciunt clariorem, ſed magis intricatam, quia ſine iisdem res melius potuiſſet explicari. Idem eſt iudicium meum de logicis & metaphyſicis iuridicis, quæ a nonnullis ad confuſionem ſtudioſæ iuuentutis conſcribillantur.

DISTINCTIO II.

Inter Vſumfructum *a lege* & *ab homine* conſtitutum.

In priori non exigitur cautio vſufructuaria ab eo, cui vſusfructus competit, v. gr. a patre, in bonis liberorum aduentitiis, *l. vlt. §. 4. C. de bon. quæ lib.* Quantum ad maritum attinet, qui eſt vſufructuarius *A*) bonorum paraphernalium vxoris, non quidem deprehendere hactenus licuit textum, hac de re agentem; nullus tamen dubito, quin idem ſit aſſerendum. Ob tenerum quip-

A) Scilicet de *Iure Saxonico*, CARPZ. *Ipr. for. part. 3. Conſt. 25. def. 6. n. 5.* non *iure ciuili*, vi cuius nil niſi *adminiſtrationem* habet, & quod fructus, conſentiente vxore, *ad communem familiæ vtilitatem* adplicare poſſit. *l. 8. l. f. C. de pact. conuent.* Fluit inde 1) quod, ſi qui fructus extent nondum conſumti, vel ſi qui fructus non in *communem*, ſed ſolius mariti vtilitatem conuerſi fuerint, ad eorum reſtitutionem, vel pretii ſolutionem, maritus teneatur, 2) quod vxor bona illa *ſemper* repetere poſſit a marito, licet hic non vergat ad inopiam. BRVNNEM. *ad d. l. 8. n. 12.* MEV. *ad Ius Lubec. part. 1. Tit. 5. Rubr. n. 12.* B. STRYK. *Vſ. mod. ff. Tit. de Iur. tot. §. 7. ibique præiudic.*

quippe amorem, quo mariti regulariter vxores prosequuntur, non est metuenda *B*) bonorum dilapidatio. Si vero vsusfructus ab homine constituitur, vsufructuarius ad cautionem præstandam omnino tenetur, nisi proprietarius eam sponte remittere velit.



LIB. VII. TIT. II.

De Vsufructu adcrescendo.

DISTINCTIO I.

Inter ius adcrescendi *in vsufructu* & *in aliis legatis*.

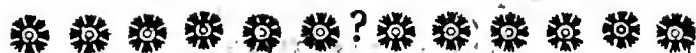
Vsusfructus duobus coniunctim relictus, *v.g. Titio & Caio do lego vsumfructum ædium mearum*, adcrescit etiam

B) Sed quid si dissipationis suspicio subsit? Resp. maritum perinde vt *patrem*, ad *cautionem præstandam* teneri. Censent. L. B. de LYNCKER *Disp. de Caution. vsufructuar.* §. 12. Conf. *not. infra Lib.* 15. *Tit.* 1. *ad distinct.* 1.

etiam post concursum realem, id est, licet ille, qui iam deficit, portionem suam semel acceptasset, postea autem repudiasset iterum, *A) l. 1. ∫. 3. ff. h. t.* item ei, qui por-

A) Vel alio modo amisisset, *l. 1. ∫. 3. ff. h. t.* e. g. morte. Ratio, quam ex CELSO & IVLIANO *d. l.* adfert VLPIANVS, *quod vsusfructus quotidie constituatur, & legetur; non vt proprietas, eo solo tempore, quo vindicatur*, nimia subtilitate laborat. Neque dilucidior multo illa DVARENI *de Iur. adcrescend. Lib. 1. cap. 21.* quod *vsusfructus constituatur patientia debitoris, quæ tractum temporis habet, adeoque nunquam dici possit omnino adquisitus*, a qua non abludit ANT. GOMEZ. *Var. Resolut. Tom. 1. cap. 10. n. 41.* Maiori perspicuitate se commendat ratio ab Illustr. THOMASIO *ad Huber. prælect. ad ff. h. t. §. 1.* exprompta, *quod vsusfructus non transeat ad heredes, & vero constet, testatorem voluisse, quod vterque vsufructuarius, præ herede, vsumfructum habere debeat.* Aliud *in proprietate*, quæ semel alteri adquisita, cum patrimonio adquirentis confunditur, atque adeo cum ceteris eius bonis ad heredes transit, aut, si postea eam habere noluerit, coniuncto tamen non adcrescit, sed vt res pro derelicto habita, occupanti cedit.

portionem suam amisit, *B)* e. gr. per sententiam iudicis, *l. 10. h. t.* quae in legatis aliarum rerum vtrobique secus se habent.



LIB. VII. TIT. III.

Quando dies vsusfructus legati cedat.

Differentia inter vsumfructum & alia legata iterum sese hic exerit. In aliis legatis, *pure* relictis, dies statim cedit a tempore mortis testatoris; sed in vsufructu pure legato hoc demum fit ab adita hereditate, *l. 2. & 3. ff. quand. dies leg. ced.* vbi etiam ratio. *A)*

LIB.

B) Ratio, quia vsusfructus non *portioni*, sed *homini* adcrescit, secundum PAVLLVM in *l. 14. §. 1. ff. de Except. rei iudic.*

A) Ratio haec adfertur, *quod vsusfructus ab heredes non transeat.* Cum enim cessio eum in finem introducta sit, ne per moram heredis, non adeuntis, (ante aditionem enim non potest capi petiue legatum, quia nemo est, a quo peti possit,) extinguatur legatum, sed transmittatur

 ad

LIB. VII. TIT. V.

De Vsufructu earum rerum, quæ vsu consumuntur.

DISTINCTIO I.

Inter *verum* & *quasi* vsumfructum.

Verus vsusfructus consistit in rebus, quæ vsu non consumuntur; secus in quasi vsufructu. In vero non transfertur dominium, in quasi vsufructu omnino, & sic periculum ad vsufructuarium pertinet, *l. 7. ff. h. t.* qui re pro lubitu etiam abuti potest. Verus in iudiciis diuisoriis interdum ab ipso iudice constituitur, quando scilicet res communes commode diuidi nequeunt, *l. 6. §. 1. ff. de vsufr.* hoc in quasi vsufructu iudex facere nequit, quia in res fungibiles non cadit pretium affectionis, & sic illæ facili negotio diuidi possunt. In vero vsufructu cauet vsufructuarius, se boni viri arbitrio fruiturum, *l. 1. §. 6. ff. vsufr. quemadm. cau.* quia cautione in quasi vsufru-ctu

ad legatarii præmortui heredem, in legato vsufructu, vsu, habitatione vero nullus transmissioni locus sit, cessio diei ante aditam hereditatem nihil prorsus operaretur. vid. ZOES *ad ff. eod. n. 11.*

ctu opus non est, vnde solum de re simili *A*) restituenda cauetur, *§. 2. I. de vsufr.* Posses forsan & hoc addere, quod cautio, in vero vsufructu praestari solita, *praetoria* vocetur, *ciuilis* e contrario, quae in quasi vsufructu interponitur, per *l. 1. pr. ff. vsufr. quemadm. cau. iunct. §. 2. I. de vsufr.* sed cum vtraque eundem effectum post se trahat, haec obseruatio etiam parum in recessu habebit, & sic tuto negligi poterit.

LIB. VIII. TIT. I.

De Seruitutibus.

DISTINCTIO I.

Inter Seruitutes *reales* & *personales*.

Personales, e. gr. vsusfructus, vsus & habitatio, statim exspirant mortua persona, cui constitutae erant *l. 3. §. 3. ff. quib. mod. vsusfr. vel vs. amitt. reales* autem ad quoscunque heredes & possessores transeunt,

A) Vel eius *aestimatione*, circa quam determinandam, tempus *constituti*, non *finiti* vsusfructus, inspiciendum. B. STRYK. *Vs. mod. ff. h. t. §. 6.*

eunt, *v. l. 3. quemadmod. seruit. amitt.* Prædio seruiente extincto, sed postea refecto, non restituitur seruitus personalis, *l. 10. §. 7. quib. mod. vsusfr.* bene tamen realis, *A) l. 20. §. 1. ff. de S. P. V. l. 35. de S. P. R. l. 14. ff. quemadm. seru. amitt.* Seruitus personalis, vsus & vsusfructus, amittitur per maximam & mediam capitis diminutionem; realis non.



NOVA DISTINCTIO.

Inter seruitutes personales *regulares* & *irregulares*.

Illæ, quæ personis *tantum* constituuntur, & *semper* sunt personales, vt vsusfructus, vsus, habitatio, *hæ,* quæ *sua natura* quidem reales, sed quia interdum etiam *personæ* constituuntur, ob illam determinationem, naturam & nomen mutant. Sic seruitus *itineris* ordinarie est *realis pr. I. de Seruitut.* si vero in gratiam *certæ personæ* con-

A) Ratio differentiæ, quod in vsufructu *idem corpus* durius & strictius interpretemur, quam in seruitutibus prædiorum, *l. 20. §. 2. ff. de S. P. V.* vt scilicet quam citissime vsusfructus reddatur ac consolidetur proprietati, quæ sine eo inutilis. FRANZK. *ad §. f. I. de Vsufr.*

constituatur, fit *personalis. L. 6. ff. de Seruit. legat.* Sic *aquæ haustus* sua natura est seruitus *realis*, si vero in gratiam *personæ* constituta, degenerat in *personalem. L. 14. §. 3. ff. de Alim. & cibar. leg.* In effectu inter seruitutes personales regulares & irregulares nulla differentia.

DISTINCTIO II.

Inter Seruitutes *vrbanas* (f. continuas) & *rusticas* (f. discontinuas.)

Vrbanæ per præscriptionem ordinario tempore, id est, decem vel viginti annis, acquiruntur. *l. 12. in f. C. de præscript. long. temp.* iuxta quam legem eadem quidem seruitutum rusticarum ratio esse debebat; sed prout praxis nostra sæpius a principiis iurisprudentiæ genuinis recedit: ita quoque hic fit, dum ea ad præscribendas seruitutes rusticas, nescio ex quo fundamento, tempus immemoriale *B)* requirit,

B) Hunc fori vsum non esse constantem ac perpetuum, patet ex *præiudiciis* a L. B. de COCCEII *Iur. ciuil. controuers. Lib. 8. Tit. 1. Quæst. 6.* DN. de BERGER *Elect. Disceptat. forens. part. 2. Supplem. Tit. XI. p. 343. seq.* DN. LEYSER. *Meditat. ad Pandect. Specim. 108. medit. 1.* adlatis.

rit, vid. Gail. 2. *obſ. 66. num.* 7. Modeſt. Piſtor. *Vol. 1. Conſil.* 7. *num.* 5. Dau. Meuius *P. 9. Deciſ. 164.* Porro, ſeruitutes ruſticæ ſolo non-vſu per longum tempus amittuntur, *l. 13. C. de ſeruit.* at in vrbanis amittendis adhuc requiritur factum ſeruituti contrarium *C*) eius, cuius prædium hactenus

Nec *in Saxonia* hoc diſcrimen adtendi, ſed *omnes* ſeruitutes *ſpatio 30. annorum, anni & diei*, præſcribi, monet AVCTOR *Doctrin. Pand. Tit. Commun. prædior.* §. 6.

C) Differentia inter ſeruitutes, quod aliæ *ſolo non-vſu* amittantur, aliæ non, non tam a conditione earundem *extrinſeca*, quod aliæ ſint *ruſticæ*, aliæ *vrbanæ*, quam potius ab ipſa earum *natura* petenda, vt, quarum vſus poſitus *in actu & exercitio eius, cui debentur*, amittantur *ſolo non-vſu*, quæ autem in ſola eius, qui eas debet, *patientia* conſiſtunt, ad ſui amiſſionem, præter non-vſum, *facto* domini prædii ſeruientis opus habeant, quod *contrarium* ſit vſui ſeruitutis, atque adeo argumentum interruptæ patientiæ. Sic & ſeruitus *ruſtica* nonnunquam ſolo *non-vſu* non amittitur, e. g. ſi ſeruitutem *aquæ ductus* habeam, & canales poſitos per alterius fundum, licet per longum tempus aqua vſus

ctenus seruiit, vid. *l. 6. ff. de S. P. V.* Alias differentias a nonnullis adlatas examinauit & simul iam reiecit Excell. Thomasius *in Disp. Lips. de seruit. stillicid. §. 16. seqq.*

DISTINCTIO III.

Inter Seruitutes *affirmatiuas & negatiuas.*

Posteriores ex particula negandi, *non*, vel, *ne*, cognoscuntur, *v. g. altius non tollendi*, *ne luminibus officiatur*, *&c.* & non indigent aliqua quasi traditione, sed quamprimum mihi promissio facta est, quod alter aliquid intermittere velit, tunc statim ius in re consequor. Aliud in affirmatiuis, vbi ante dictam quasi traditionem, mihi nudum saltem ius personale competit, ex quo aduersus tertium agere nullo modo possum, conf. de hac distinctione Brunn. *ad l. 15. ff. h. t.* Lauterb. *Comp. iur. h. t.* Deberet quoque hoc addi, quod seruitutes affirmatiuae solo non-vsu amittantur, negatiuae autem nonnisi prohibitiuo alterius facto accedente;

vsus non sim, non tamen amitto seruitutem, si vicinus *canales non exemit.* Dn. de BERGER *Oecon. Iur. Lib. 2. Tit. 3. §. 23. Not. 2.* Dn. THOMAS. *Disp. de Seruitut. stillicid. §. 23. seqq.*

te; ſed praxis noſtra hanc differentiam ad ſeruitutes vrbanas atque ruſticas applicauit, de qua paulo ante.

DISTINCTIO IV.

Inter Seruitutem *ordinariam & anomalam.*

Anomalam vnam ſolummodo habemus, ſeruitutem ſcilicet *oneris ferendi*, *D)* quæ propterea ita vocatur, quia ſeruiens duplici onere afficitur, tenetur enim parietem, onus ferentem, ſi ruinoſus fiat, adhuc etiam reficere, *l.33.ff. de S.P.V.l.6. ſ.2.ff. Si ſeruit. vindic.* in aliis contra ſeruitutibus is, qui commodum ex iisdem habet, eas quoque reficere obligatus eſt, iuxta vulgaria æquitatis naturalis principia.

LIB.

D) Natura ac *eſſentia* huius ſeruitutis a reliquis non eſt diuerſa, quia ſimiliter non in *faciendo*, ſed in *patiendo* conſiſtit, vt vicinus *patiatur* muro ſuo incumbere onus alienum; quod vero cogatur murum *reficere*, in eo ſeruitutis eſſentia non conſiſtit, ſed *ſuperuenit* ſeruituti iam conſtitutæ. Ergo non in *natura* ſeruitutis, ſed *ratione adiuncti*, h. e. refectionis, anomalia heic occurrit. STRAVCH. *Diſſert. Iuſtin.* 7. *th.* 11. ib. Dn. THOMAS. *in not.*

Lib. IIX. Tit. V.

Si Seruitus vindicetur, vel ad alium pertinere negetur.

DISTINCTIO I.

Inter Actionem confessoriam, item negatoriam, *directam* & *vtilem*.

Confessoria *directa* datur illi, qui seruitutem in alieno fundo: *vtilis*, qui aliud ius, e. g. iurisdictionem, ius patronatus, &c. prætendit. Sic quoque *directa* negatoria datur domino, qui alteri seruitutem: *vtilis*, qui alteri aliud ius in fundo suo prætendenti, illud debere negat. Ceterum in effectu non differunt, vt suo loco infra pluribus dicetur.



Lib. IX. Tit. I.

Si Quadrupes Pauperiem fecisse dicatur.

DISTINCTIO I.

Inter Actionem *si quadrupes* & *de pastu*.

Hæ actiones theoretice ita differunt, quod actio *de pastu* detur, si animal *secun-*

secundum naturam nocuit, *v. l. 14. §. 3. in f. ff. De præscr. verb.* actio *de pauperie* autem, *si contra naturam, v. pr. I. h. t.* In praxi autem vtriusque idem est effectus, quia vtrobique petitum alternatiue formatur, ad id, vt vel damnum resarciatur, vel animal, quod nocuit, noxæ dedatur, v. *Doctrin. ff. h. t. §. V. & VII.*



LIB. IX. TIT. II.

Ad Legem Aquiliam.

DISTINCTIO I.

Inter Actionem *si quadrupes* & *ad L. Aquiliam.*

Prior datur, licet nulla culpa domini animalis nocentis præcesserit, ad posteriorem autem probatio culpæ alienæ omnino requiritur, *l. 1. §. 4. & 5. ff. si quadrupes pauper fec.* & hoc respectu prior facilior est. Ratione effectus tamen posterior præferenda erit. In ea siquidem is, qui culpam admisit, damnum datum simpliciter resarcire tenetur, quam maximum etiam illud fuerit, *l. 21. §. fin. & LL. seqq. ff. ad L. Aquil.* in priori autem liberatur dominus,

nus, si corpus, quod nocuit, noxæ dedat, *l. 1. pr. ff. si quadrup. pauper. fec.* quod eodem modo in actione noxali, si seruus nocuit, obseruatur.

DISTINCTIO II.

Inter *primum* & *tertium* caput L. Aquiliæ.

Ex priori, si seruus, vel tale pecus, quod gregatim pascitur, occisum fuit, datur actio L. Aquiliæ, non solum ad interesse corporis peremti consequendum, sed ad illud quoque, quanti ea res plurimi fuerit proximo anno præcedente, *l. 2. pr. ff. ad L. Aquil.* Ex tertio vero, de reliquo scilicet damno quocunque, quanti ea res plurimi fuerit proximis XXX. diebus, a die damni dati retro computatis, *l. 27. §. 3. ff. eod.* Hoc discrimen hodie cessat, & nuda saltem æstimatio petitur, non iterum ex eo fundamento, quia Grönewegen & Gudelinus, citati a Lauterbachio, hoc dicunt, sed quia actiones Romanorum pœnales, teste fori obseruantia, in Germania nunquam fuerunt receptæ. Et ergo ea distinctio inter inutiles merito refertur, non minus ac illa obseruatio, quod actio L. Aquiliæ inficiando in duplum crescat. *A*)

A) In *Electoratu Saxoniæ* saluberrima hæc

LIB. XI. TIT. I.

De Interrogationibus in iure faciendis, & interrogatoriis actionibus.

DISTINCTIO I.

Inter *Articulos* & *Positiones*.

Ad articulos respondent testes, ad positiones autem ipsa pars, contra quam agitur, regulariter reus, interdum quoque actor, *A)* intuitu scilicet exceptionis oppositæ, & in positiones redactæ. Positiones etiam negatiue, item de credulitate, concipi possunt per vocem; nicht wahr; sed articuli solum

iuris ciuilis *de pœna inficiationis* constitutio expresse confirmata. ORD. PROC. RECOGN. *Tit.16.§.3.*

A) Tu nota regulam: *Cuicunque onus probandi incumbit, illi suppetit facultas positiones offerendi.* Quemadmodum ergo reus excipiendo fit actor, & sic fundamentum suæ exceptionis probare tenetur, ita & ipsi liberum est positiones offerre, ad eliciendam confessionem actoris, super veritate exceptionum. B. STRYK. *Vs.mod.ff.h.t.§.43.*

ſolum affirmatiue, *B)* & de veritate. Poſitionum contenta fatetur ponens, non vero articulorum, quia horum veritas a depoſitione teſtium demum dependet, quod tamen ſubtilitatem ſapere videtur, vt ipſe agnoſcit Brunnem. *C) in Proc. ciu. c. 17. n. 2.*

LIB.

B) Hoc fluit ex erroneo principio: quod negatiua *directo* probari haud poſſit, Vid. MARTIN. *ad Ordinat. proc. Saxon. Tit. 20. §. 7. n. 33.* quod tamen ſolide confutauit B. de COCCEII *Diſp. De Direct. Probat. Negatiuæ.*

C) Cui dicam ſcribit Ill. Dn. de BERGER *Diſp. de Articul. eliſiu. §. 9.* differentiæ rationem hanc laudans, *quod ponens velit, vt aduerſarius reſpondeat, quo per eius confeſſionem releuetur ab onere probandi, igitur,* pergit, *æquum eſt, vt ipſe ponens ponendo confiteatur, atque adeo releuet aduerſarium ab onere probandi, ne iudicium claudicet. Contra articulans non vult, vt aduerſarius reſpondeat, nec eo fine ſuos producit articulos, ſed vt negata tantum per teſtes vel inſtrumenta probet.* Verum, quod pace tanti Viri dictum ſit, hoc ipſo ſcrupulum omnem non euellit. Quodſi enim *producens,* quæ per teſtes, vel inſtrumenta, probare ſatagit, *vera*

eſſe

LIB. XI. TIT. IV.

De Fugitiuis.

DISTINCTIO I.

Inter *Fugitiuum* & *Erronem*.

Fugitiuus seruus dicitur, qui non redit; erro autem, qui circumuagatur quidem, sed tandem tamen redit, verum serius, & temporibus in res nugatorias con-

esse non fatetur, ridiculus profecto est, probare volens ea, quæ ipse veritati congruere haud existimat. Adcedit, quod articuli e *visceribus libelli* depromantur, nec plus debeat esse in articulis, quam in libello; vnde sicut actor sine dubio fatetur, ea, quæ in libello proponit, veritati esse consona, (alioqui enim ipse litem calumniosam alteri se intendisse profiteretur,) ita & eundem omnia ea, quæ articulis continentur, vera esse fateri, consequens est. Denique in vulgus notum, articulos probatorios hac forma concipi: Wahr und Zeugen bewust, cetera, vnde claret, producentem, quum ipse adserat: Es sey wahr, non posse non fateri contenta articulorum. Interim haud dif-

conſumtis, *l. 17. §. 2. & 14. ff. de Ædil. Edict.* In effectu tamen nihil intereſt, * quia vtroque caſu damni obuenientis reſarcitio petitur, & ſimul pœna dupli. Hodie quidem, ſi quis liberos, famulos & ſubditos, corrumpat, parentibus, dominis, & magiſtratui, eo nomine itidem actio datur, hoc enim æquitas naturalis ſuggerit; ſed non competit ea in duplum, ergo etiam neceſſitas non efflagitat, vt eandem actionem vtilem de ſeruo corrupto appellemus.

Lib.

difficulter largior, aduerſam ſententiam in foro ſeruari, proindeque ſi a *reprobante* articuli formentur, ac pro eorundem confirmatione, *recognitio articulorum probatorialium* petatur, eam non admitti. Vid. SVENDENDÖRFF. *in Proc. Fibig. p. 1402.* RIVIN. *Enunc. Iur. Tit. 21. Enunc. 55.* DN. de BERGER *Elect. Diſceptat. forenſ. Tit. 25. Obſeruat. 3. Not. 9.*

* Locum hunc mendoſum eſſe, ac multa hic deſiderari, ipſa inſpectio loquitur.

LIB. XI. TIT. V.

De Aleatoribus.

DISTINCTIO I.

Inter Ludum *artis*, *fortunæ*, & *mixtum*.

Hæc diſtinctio maximam in foro Romano præbebat vtilitatem. Ludi enim *artis*, v. gr. haſtiludia, item quando pretium ei decernitur, qui ſaltando, digladiando, perorando, &c. reliquos vincit, iure Romano omnino erant permiſſi, *v. l. 3. ff. h. t.* At vero ludi *fortunæ*, v. gr. quando teſſeris luditur, nec non ludi *mixti*, v. gr. chartis luſoriis & ſimilibus, in totum prohibiti erant *A)*, *l. f. C. h. t.* Hodie non modo plurimi DD. teſtantur, ſed experientia quoque hoc comprobat, omnes ludos eſſe permiſſos, quippe qui maxime in ipſis aulis frequentantur, & illi, qui ludendo ſuccubuerunt, ad perditum ſoluendum omnino adſtringuntur. *B)* Hinc ſua ſponte conſequi-

A) Si ſcilicet *in pecunia* luderetur, *L. 2. §. 1. ff. h. t.* ſecus ſi in conuiuio, *veſcendi cauſſa*, *L. 4. pr. ff. eod.* Add. FARINAC. *Opp. Lib. 3. Tit. 11. Quæſt. 109. n. 118.*

B) In *Marchia Brandenburgica* nec non *Duca-*

quitur, adlatam distinctionem apud nos in **praxi** nullum vsum amplius præstare. Alia **quæstio** est: annon Principes melius facerent, si prohibitionem iuris Romani in foro **iterum** introducerent? quam quidem affirmamus, sed ad nos non pertinet potestas legislatoria, nec etiam principes a nobis desiderarunt, vt hac parte ipsis consilia ad nouas **leges** ferendas suppeditemus. Ergo expe**ctandum** est tempus, vbi forsan ludi fortunæ **& mixti**, propter maximum eorum abusum, **præsertim** apud iuuenes, qui negari non **potest**, iterum abrogabuntur.



LIB. XI. TIT. VII.

De Religiosis, & Sumtibus funerum, & vt funus ducere liceat.

DISTINCTIO I.

Inter Sepulturam *honestam* & *inhonestam*.

Honesta fit cum ritibus in quocunque loco consuetis, mit Gesang und Klang,

Ducatu Magdeburgico ob debitum, ex ludo oriundum, actio haud datur. Cammer-Ger. Ordn. *Tit. 23. §. 9.* Magdebl. Pol. Ordn. *cap. 54. §. 5.*

LIB. XI. TIT. V.

De Aleatoribus.

DISTINCTIO I.

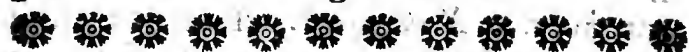
Inter Ludum *artis*, *fortunæ*, & *mixtum*.

Hæc diſtinctio maximam in foro Romano præbebat vtilitatem. Ludi enim *artis*, v. gr. haſtiludia, item quando pretium ei decernitur, qui ſaltando, digladiando, perorando, &c. reliquos vincit, iure Romano omnino erant permiſſi, *v. l. 3. ff. h. t.* At vero ludi *fortunæ*, v. gr. quando teſſeris luditur, nec non ludi *mixti*, v. gr. chartis luſoriis & ſimilibus, in totum prohibiti erant *A)*, *l. f. C. h. t.* Hodie non modo plurimi DD. teſtantur, ſed experientia quoque hoc comprobat, omnes ludos eſſe permiſſos, quippe qui maxime in ipſis aulis frequentantur, & illi, qui ludendo ſuccubuerunt, ad perditum ſoluendum omnino adſtringuntur. *B)* Hinc ſua ſponte conſequi-

A) Si ſcilicet *in pecunia* luderetur, *L. 2. §. 1. ff. h. t.* ſecus ſi in conuiuio, *veſcendi cauſſa*, *L. 4. pr. ff. eod.* Add. FARINAC. *Opp. Lib. 3. Tit. 11. Quæſt. 109. n. 118.*

B) In *Marchia Brandenburgica* nec non *Duca-*

quitur, adlatam distinctionem apud nos in praxi nullum vsum amplius præstare. Alia quæstio est: annon Principes melius facerent, si prohibitionem iuris Romani in foro iterum introducerent? quam quidem affirmamus, sed ad nos non pertinet potestas legislatoria, nec etiam principes a nobis desiderarunt, vt hac parte ipsis consilia ad nouas leges ferendas suppeditemus. Ergo expectandum est tempus, vbi forsan ludi fortunæ & mixti, propter maximum eorum abusum, præsertim apud iuuenes, qui negari non potest, iterum abrogabuntur.



LIB. XI. TIT. VII.

De Religiosis, & Sumtibus funerum, & vt funus ducere liceat.

DISTINCTIO I.

Inter Sepulturam *honestam* & *inhonestam*.

Honesta fit cum ritibus in quocunque loco consuetis, mit Gesang und Klang, *Ducatu Magdeburgico* ob debitum, ex ludo oriundum, actio haud datur. Cammer-Ger. Ordn. *Tit. 23. §. 9.* Magdebl. Pol. Ordn. *cap. 54. §. 5.*

Klang, vel Christlichem Gebrauch nach, prout communiter dicere solent. Inhonesta his omnibus destituitur. Vsus distinctionis hic est: quemadmodum quilibet, quamdiu viuit, præsumtionem bonitatis pro se habet, ita quoque eadem præsumtio post mortem hoc operatur, vt in dubio ab honesta sepultura excludi non possit, sed actio iniuriarum competat contra eum, qui eiusmodi ceremonias cadaueri alicuius denegare intendit. Inhonesta ergo locum non inuenit, nisi in casibus a lege notatis, v. g. in contemtoribus verbi diuini, & sacramentorum; *c. 12. X. de sepult.* vsurariis manifestis, *c. 3. X. de vsur.* & propricidis ob malam conscientiam, vid. Carpzou. *Iurispr. Consist. lib. 2. Def. 376. 379. 382.*

DISTINCTIO II.

Inter Sepulturam honestam *solennem* & *minus solennem.*

Solennem paulo ante descripsimus, quod variis ceremoniis peragatur, de quibus late Schilter. *instit. iur. canon. l. 2. tit. 14. §. 13. seqq.* Minus solennis est, vbi eiusmodi ceremoniae omittuntur, non ex præcepto iuris, sed ex proprio beneplacito, ad parcendos sumtus, quod hodie communiter fit, wenn die Leichen des Abends in der Stille beygesetzet werden. Hæc posterior species cum in-

inhonesta confundi non debet, quippe in qua consuetæ solennitates, ex præcepto legis, omittuntur, scilicet in totum, v. *Dist. seq.*

DISTINCTIO III.

Inter Sepulturam inhonestam *humanam* & *caninam s. asininam.*

Humana in iis obtinet, quorum mentionem sub *Dist. I.* iniecimus, contemtoribus verbi diuini, vsurariis, irreconciliabilibus, quippe qui per vespillones vel plane extra cœmeterium, vel in cœmeterio prope murum, & ab aliis plane separato loco, sepeliuntur, ex superstitione pontificia, quia scilicet contigua ecclesiæ loca simul cum ecclesia consecrata censentur, Aug. Barbos. *de iur. eccles. l. 2. c. 9. n. 7. 8.* Struu. *S. I. C. Ex. 3. th. 72.* & ergo per eiusmodi cadaueris illationem profanari non debent. *Asinina* nomen suum, vt puto, sortita est ex loco *Ierem. XXII. vers. 18. & 19.* vbi Propheta de Rege Ioiakim dicit: Man wird ihn nicht klagen, ach Bruder, ach Schwester, man wird ihn nicht klagen, ach Herr, ach Edler, Er soll wie ein Esel begraben werden, zuschleifft und hinausgeworffen für die Thore zu Jerusalem. Hanc expectare tenentur, qui ex desperatione, vel conscientia criminis commissi, sibi ipsis mortem consciuerunt. Per-

agitur a carnifice, eiusque ministris, qui cadauer rhedæ suæ imponunt, & in loco inhonesto, auf dem Schind-Anger, sepeliunt, vid. Schilter. *inst. iur. canon. l. 2. Tit. 14. §. 9. & 10.* Damhouder. *prax. rer. crimin. c. 90. num. 9.* Heigius *p. 2. qu. 36. num. 64.* Finckelth. *obs. 43. num. 15.* Furiosorum & melancholicorum, sibi manus inferentium, item infantum nondum baptizatorum *A*) sepul-

A) Cuius rei rationem minus adcurate SCHILTER *Instit. Iur. Canon. Lib. 2. Tit. 2. §. 18.* deriuat ex *fine baptismi externo*, in adquisitione iuris ciuitatis in Ecclesia christiana, & adunitione infantis baptizandi ad reliquum corpus Ecclesiæ, consistente, ita, vt infans ante baptismum decedens, ex ipsius hypothesi, pleno iure Christianorum haud fruatur. Rectius philosophantur, qui ex principiis Papicolarum rationem arcessunt. Alii enim ex illis eiusmodi infantes absolute damnant: alii neque beatos neque damnatos iudicant, sed peculiarem locum illis adsignant, puta *limbum infantum non baptizatorum*, in quo illis nec bene nec male sit. L. B. de LYNCKER *Disp. de Baptism. cap. 8. §. 2.* Quo figmento a protestantibus recte explosо, sane & hæc conclusio, inde pullulans, corruit. Id quod fusius persequi-

pultura secundum praxin nonnullorum locorum, ad honestas minus solennes pertinet, vid. Finckelth. *d. l. num. 16.*

DISTINCTIO IV.
Inter Sepulchra *familiaria* & *hereditaria.*

Prioribus omnes agnati vtuntur, licet non sint heredes; sed posteriora saltem ad heredes *B)* pertinent, vid. Struu. *Exerc. 15. thes. 69.* Brunn. *Rep. Parat. Wesenb. h. t. qu. 5.*

DISTINCTIO V.
Inter *Cenotaphium* & *Sepulchrum.*

Cenotaphium (quod honoris saltem & memoriae causa fit,) non est locus religio-

quitur, ac ipsis rerum argumentis illustrat B. AVCTOR *Disp. de Effect. baptism. iurid.* §. 27. *seqq.*

B) Heic tamen notandum, quod liberi *quantumuis testamento a patris hereditate penitus exclusi*, adhucdum eiusmodi sepulchro fruantur; nisi *specialiter* testator, iusto odio commotus, eos *vetuerit.* *l. 6 ff. h. t.* Add. LVCAS van de POLL. *de Exheredat. & Praeterit. cap. 84.* §. 3.

ligiosus; & ideo iterum ad vsus profanos adplicari potest; secus in sepulchro, cui cadauer iam illatum est, Ioh. Kirchmann. *de funer. Rom. l. 3. c. 27.* Struu. *loc. prox. cit.*



LIB. XII. TIT. I.

De Rebus creditis, si certum petetur: & de condictione.

DISTINCTIO I.

Inter Mutuum *naturale*, *ciuile* & *mixtum*.

Naturale vocant, quod contrahitur ipsa naturali pecuniæ numeratione interueniente: *ciuile*, vbi quis spe futuræ numerationis accepisse confessus est, quod reuera non accepit: & denique *mixtum*, vbi vel alius meo nomine numerat pecuniam, vel cum ante, aut post numerationem stipulatio interponitur; prout hoc ita explicat Petr. Nicol. Mozz. *de contract. tit. de diuis. mut.* vid. Struu. *S. I. C. Exerc. 16. th. 6.* qui tamen hanc diuisionem & Lauterbach. *ad h. t.* cum eo recte reiicit. Ciuile enim, quod vocant, est peculiaris contra-

ctus,

ctus, *chirographarius* scilicet: mixtum itidem, si alius meo nomine pecuniam numerat, non constituit nouam mutui speciem, quod enim quis per alium facit, per se fecisse putandus est; si autem stipulatio vel antecessit, vel sequuta est, ad mutuum plane referri nequit. Ergo quia ipsa distinctio falsa est, forsan non opus erit, vt de eius vsu practico verba faciamus.

DISTINCTIO II.

Inter Mutuum *verum* & *præsumtum*.

Præsumtum est contractus literalis seu chirographarius. Ergo hæc distinctio eodem & non meliori nititur fundamento, quam præcedens, vnde hic repeti possunt, quæ ibi dicta sunt.

DISTINCTIO III.

Inter Exceptionem non numeratæ pecuniæ *debitori* & *creditori* competentem.

Vsus in præscriptione *A)* diuersa sese exserit. Exceptio enim n. n. p. debitori

A) Suppetunt & aliæ differentiæ, 1) Exceptio N.N.P. *debitori* competens, locum tan-

ri competens, elapſo biennio, excluditur, §. *vn. I. de liter. oblig.* (vnde quando Lauterb. *ad h. t.* eandem perpetuam eſſe aſſerit;

tantum habet in *mutuo*, & *dote*, quantumuis pignoris conſtitutio adceſſerit, *l. 1. 2. C. Si pign. conuent. num. pecun. ſecut. non ſit.* at quæ *creditori* aduerſus *apocham*, in quolibet genere obligationis obtinet *l. 14. §. 2. de N. N. P.* 2) Exceptio N. N. P. contra *chirographum*, qua *priuilegiata*, lapſu biennii excluditur, qua *vulgaris*, etiam poſt biennium *in praxi* durat. CARPZOV. *Ipr. for. part. I. Conſt. 32. def. 66.* PHILIPP. *Vſ. pract. Inſtit. Lib. 3. Tit. 22. Eclog. 68.* (*In praxi*, inquam, theoreticæ enim veritati, hanc exceptionem poſt lapſum biennii *penitus expirare*, magis congruit, per *l. 10. 14. C. de N. N. P.* DN. de BERGER *Reſolut. Lauterb. p. 182.* TIM. FABER *ad I. Diſp. 23. ad Tit. de Litter. Obligat. p. 283. lit. A*) contra apocham vero, poſt lapſos 30. dies, *prorſus ceſſat*, adeo, vt creditor non audiatur, quamuis pecuniam ſibi non eſſe numeratam, probare, ac iuramentum, ſuper non facta ſolutione, debitori deferre velit. RIVIN. *Enunc. Iur. Tit. 18. En. 15. & 16.* vbi tamen, actionem de dolo intra biennium locum habere, ac creditorem ſuper non

ferit; hoc faltem *ratione effectus*, poſtquam ſcilicet ſemel oppoſita fuit, intelligi debet, quod etiam indicat verbum ſequens: *peremtoria.*) Quando autem creditor contra apocham, debitori forſan datam, replicare vult, hoc intra xxx dies fieri debet, *l. 14.* §. 2. *C. h. t.*

DISTINCTIO IV.

Inter Exceptionem *non numeratæ pecuniæ & non numeratæ dotis.*

Prior, vti modo dictum, biennii lapſu excluditur. Circa poſteriorem diſtinguendum: *B)* Aut matrimonium intra bien-

non accepta pecunia, debitori iuramentum deferre poſſe, ſubmonet. Add. DN. de BERGER *Elect. Diſceptat. forenſ. Tit. XI. Obſ. 4. Not. 4.* Ceterum hodie *in Electoratu Saxoniæ* exceptio N. N. P. in proceſſu executiuo non admittitur, *niſi ſit in continenti liquida*, alias in reconuentionem reiicitur. ORD. PROC. RECOGN. Anhang §. 8.

B) Quæ heic ſequuntur, intelligenda de marito *maiorenne*; ſin vero tempore confeſſionis, adhuc *minor* fuerit, tunc ad opponendam hanc exceptionem, eidem dantur *duodecim anni*, a tempore nuptiarum,

biennium soluitur, & tunc *anno continuo* a tempore soluti matrimonii: aut soluitur post biennium, intra decennium tamen, & tunc *tribus mensibus* excluditur exceptio non numeratæ dotis: aut denique vltra decem annos durat coniugium, & tunc plane cessat *C)* illa querela, *Auth. quod locum habet C. de dot. caut. non numer.*

DIST.

rum, & si intra hoc tempus mortuus fuerit, heredi eius adhuc *vnus annus* competit, nisi hic quoque *minor* sit, vbi *quinquennium* habet, a morte mariti computandum. *Nou. 100. cap. 2. Auth. Si minor. C. de Tempor. in integr. restitut.*

C) Scilicet *in præiudicium mariti*, eiusque *heredum*, non *creditorum*, quippe qui, moto concursu, etiam post elapsa hæc tempora, exceptionem non numeratæ dotis opponere possunt. CARPZ. *Ipr. for. part. 1. Const. 28. def. 74.* BRVNNEM. *ad Auth. Quod locum C. de Dot. caut. non numer. n. 4.* Ratio: quia confessio nocet *confitenti*, non *tertio;* cessante ergo quod ad *tertium* (creditores) effectu confessionis, dotis illatio *in facto* consistit, atque adeo probari debet.

DISTINCTIO V.

Inter Renunciationem exceptionis non num. pecun. *in chirographo* & *in separata schedula* factam.

Prior nihil valet. Facta enim est spe futuræ numerationis, quæ spes tamen sæpe fallit. Posterior autem exceptionem non numeratæ pecuniæ omnino excludit. Separatam enim schedulam aliquis spe futuræ numerationis dedisse non censetur, vid. Carpz. *P. 1. Const. 32. def. 65. n. 7.*

DISTINCTIO VI.

Inter formulas: Cajus hat mir 1000. Rthlr. geliehen, so wahr mir GOTT helffe, &. Ich will Caio die geliehene 1000. Rthr. wieder geben, so wahr mir GOTT helffe.

Posterior non impedit exceptionem non numeratæ pecuniæ, quia supponit conditionem, *modo pecunia numeretur*, quod vtrum factum fuerit, aliunde prius probari debet, *v. l. 16. C. de non num. pecun.* secus in priori, cum nemo sub nuda spe fallaci iurasse præsumatur, vid. Brunnem. *in Comm. Cod. ad l.*

ad d. l. 16. C. de non num. pecun. Carpz. *alleg. def.* 65. *

* Mutaui hanc sententiam in *doctr. ff. h. t.* §. *XXI.* vt nec priori casu per clausulam iuratoriam exceptio non numeratae pecuniae excludatur, cum & talis clausula sub spe fallaci adiici soleat; vnde nunc distinctionis nullum vsum esse puto.



NOVA DISTINCTIO.

Inter Caussam debendi *generalem* & *specialem*.

I*lla* non sufficit, e. g. Si quis scripserit: Confiteor, me Titio debere 100, vel, confiteor, me ex aliquo *contractu*, vel *delicto*, Titio debere 100, quoniam obscurum, ex quo contractu vel delicto debeatur. *Haec* est, quum aperte indicatur contractus, vel delictum, ex *quo* debitum ortum trahit, e. g. Confiteor, me Titio debere 100 *ex mutuo*, *ex emto*, cetera. Idem est, si quis verbis *aequipollentibus* vsus, e. g. si scribatur: Ich bekenne hiemit, daß ich Caio wegen empfangenen Geldes schuldig worden 100 Thlr. quoniam mentio des empfangenen Geldes satis indicat *mutuum* heic subesse. Vel, si addita sit promissio de red-

reddendo, versprechte solche Summe hinwieder zu bezahlen. B. STRYK. *Caut. Contract. Sect. 2. cap. 7. §. 5. seqq.* de BERGER *Elect. Proc. Execut. §. XI.* Ceterum *defectus caussæ debendi* instrumento guarentigiato, in *Electoratu Saxoniæ*, nil quidquam obest, per ORD. PROC. RECOGN. Anhang §. 5. quam sententiam quoque probant STATVT. HAMBVRGENS. *part. 1. Tit. 20. art. 2.*



LIB. XII. TIT. II.

De Iureiurando, siue voluntario, siue necessario, siue iudiciali.

DISTINCTIO I.

Inter Iuramentum *credulitatis* & *veritatis*.

Iuramentum *veritatis* de certa scientia, & super facto proprio præstatur, vnde hic vsitata formula; Die Klage ins Gewissen schieben: Iuramentum vero *credulitatis* de iusta saltem opinione concipitur, deque facto alieno, vel admodum antiquo proprio, quo casu hoc modo fit delatio: Daß man es

dem andern in seine Wissenschaft und Wohlbewust geschoben haben wolle. Hæc quoad diuersum conceptum. Vsus practicus in eo sese exserit, quod is, qui iuramentum veritatis præstitit, contrario probato, tanquam periurus puniri queat, quia dolose fefellit alterum, ad cuius delationem iurauit. Sed propter iuramentum credulitatis eiusmodi pœna locum non inuenit. Neque enim hic iurans certo quid affirmat, sed tantum verosimiliter. At vero eo ipso non negat, quod non etiam aliter forsan se res habere queat. Potest hinc simul decidi quæstio: *vtrum heres iuramentum defuncto delatum, adhuc præstare possit?* Resp. enim, heres non iurat de veritate, bene tamen de credulitate, vid. Carpz. *P. I. C. 12. Def. 40. seq. & Const. 24. Def. 1. seqq.*

DISTINCTIO II.

Inter Iuramentum *explicitum* & *implicitum*.

Prius cognoscitur ex consueta formula: So wahr mir GOtt helfe, vbi interdum additur: und sein heiliges Wort, vel: und das Heil. Evangelium: vel, durch JEsum Christum: posterius ex aliis formulis, v. gr. So wahr GOtt lebt: Bey dem Wort der ewigen Wahrheit: ich will GOttes Angesicht nicht schauen: ich will kein Kind GOttes,

oder,

oder, der ewigen Seligkeit werden, &c. Quoad vſum fori addiſcendum quæritur: *vtrum perinde ſit, ſiue quis explicitum, ſiue implicitum ſaltem iuramentum præſtet?* Reſpondemus verbis Carpzouii *P. 2. C. 16. def. 6.* quod non negemus quidem, Deum implicite per verbum veritatis, (& ſimiles formulas,) inuocari, ac proinde promiſſionem ſub verbo æternæ vel diuinæ veritatis, factam, absque nota impietatis violari non poſſe, intelligitur namque per verbum veritatis diuinæ ipſemet IESVS CHRISTVS, verbum patris, (hypoſtaticum, vt Theologi loqui conſueuerunt) Saluator noſter, *Ioh. I: v. 1.* vnde etiam Lutherus hanc formulam pro iuramento agnoſcit *in enarratione II. præcepti*, add. Ioh. Zanger. *de except. p. 3. c. 11. num. 193.* nihilominus tamen, quoties in iudiciis noſtris iuramentum aliquod præſtandum eſt, ſiue in ciuilibus, ſiue in criminalibus, ſiue ſit ſuppletorium, ſiue purgatorium, ſiue aliud aliquod; toties iuramentum implicitum non ſufficit, ſed explicitum præciſe requiritur, puto, ex hac ratione, quia omnes homines, præſertim plebeii, non ita ſemper vim iuramenti impliciti percipiunt, quod tamen, ſi actus effectum ſortiri debet, ſine dubio exigitur. Imo, ne quidem renunciationem mulieris, ſub promiſſione: beym Wort der ewigen Wahrheit, factam, pro iurata & valida ha-

beri posse, asserit idem Carpz. *loc. cit.* cuius sententia etiam in Electoratu Saxoniæ recepta, alibi vero non, *v. Doctr. ff. ad tit. de Sc. Velleian. ß. XI.* Posses etiam hoc addere, quod ii, qui iuramentum implicitum violarunt, non statim vt periuri puniantur in foro externo, quod secus est intuitu iuramenti expliciti.

DISTINCTIO III.
Inter Iuramentum *solenne* & *minus solenne.*

Prius (quod *auisatum* etiam dicitur, ob auisationem de vitando periurio præcedentem, Germ. ein zierlicher, gelehrter Eyd) semper requiritur, quoties iuramentum in iudicio præstandum: posterius in extraiudicialibus sufficit. Plurimas solennitatum species, pro diuersitate locorum quam maxime variantes, recensuimus in *disp. nostr: de solennibus iuramentorum,* vbi tamen *Cap. II.* simul ostendimus, quod ex omissione eiusmodi solennitatum, non statim irritum reddatur iuramentum. Sunt enim mera accidentalia, inuocatio autem nominis diuini vnicum est requisitum iuramentorum essentiale.

DISTINCTIO IV.

Inter Iuramentum *assertorium* & *promissorium*.

Prius de *rebus præteritis A)* interponitur, & de rebus non modo licitis, sed de actionibus quoque lege prohibitis, & turpibus, v. g. quando in caussis criminalibus testis iurat, Caium homicidium, adulterium, & id genus alia delicta, commisisse, eo ipso nihil illiciti admittitur, sed potius iuramentum ad eruendam veritatem, & sic ad bonum publicum promouendum tendit. Posterius autem *futura* respicit, & de rebus illicitis non valet, quia alias ad delinquendum inuitaret, ast turpium nulla est obligatio. Equidem ex *c.28.X. de iureiur.* exsculpserunt DD. nostri famosam illam regulam: *Omne iuramentum seruandum esse, quod salua salute æterna seruari potest*, vnde distinguunt inter facta *naturaliter* & *ciuiliter turpia*, ita vt priorum intuitu non habeat efficaciam iuramentum præstitum, bene tamen quoad posteriora, vid. Lauterb. *ad h. tit.* sed distinguendum putarem: vtrum lex ciuilis aliquid *præcipiat*, aut *prohibeat*, an vero saltem *permittat;* hoc poste-

A) Nec non de *præsentibus*, quod recte addit AVCTOR *Doctr. Pand. h.t. §.9.*

ſteriori caſu admitto effatum iuris canonici, de quo etiam ſolummodo loquitur *cit. c. 28.* quippe quod de fœmina, alienationem rerum dotalium iurato confirmante, disponit, quod in ſuum proprium præiudicium facere poteſt; *B)* quod ſi vero alii textus iuris canonici hoc velint, vt etiam legi prohibitiuæ, vel præceptiuæ, renunciare liceat, (quo pertinere videtur *c. pen. X. de pignor.*) illi, tanquam iuri Principum detrahentes, & ſic verbo diuino contrariantes, merito eſſent repudiandi, cum conſtans DD. ſit aſſertio, quod ius canonicum in terris proteſtantium non vlterius ſit receptum, quam quatenus illud iuri diuino non contrariatur. Pluribus de hac materia actum in peculiari disputatione de genuino intellectu brocardici: *Omne iuramentum ſeruandum eſſe, quod ſalua ſalute æterna ſeruari poteſt.*

DIST.

B) Aliter, &, ſi quid iudico, adcuratius, rationes ſubducit AVCTOR *cit. Diſp. de Brocardico: Omne iuramentum*, cetera, §. *26.* quod eiusmodi iuramentum ob legem prohibitiuam, vid. *pr. I. Quib. al. licet.* ibi: *Neque conſentientibus mulieribus*, cetera, plane nullius valoris ſit.

DISTINCTIO V.

Inter Iuramentum *promissorium in specie sic dictum* & *confirmatorium.*

Ita subdistinguunt communiter iuramentum promissorium, de quo sub *dist. praeced.* modo dictum fuit. Hoc autem eo ipso innuunt legum interpretes. Aut iuramentum *statim ab initio* accedit negotio celebrato, v. g. si quis dicat: dono tibi centum thaleros, ita me Deus adiuuet: aut accedit demum *ex post facto*, postquam negotium iam ante rite celebratum fuit, v. gr. donasti mihi centum thaleros, non tamen eos statim soluis, vnde post aliquod temporis interuallum ego de tua fide dubitare incipio, tu autem, vt omne dubium mihi eximas, praeuiam illam donationem adiecto iuramento corroboras. Interim vsum huius distinctionis in praxi non deprehendo, sed quae paulo ante de iuramento promissorio, generaliter considerato, diximus, eadem ratione ad vtramque hanc sub speciem applicari possunt.

DISTINCTIO VI.

Inter Iuramentum *litis decisorium* & *aestimatorium.*

Duae vtplurimum in iudiciis obueniunt distinctae quaestiones: *an?* & deinde,

 quan-

quantum actori debeatur? Prior determinatur per iuramentum litis deciſorium, poſterior per æſtimatorium, quod etiam *in litem* alio nomine vocatur, de cuius ſpeciebus ad *tit. ſeq.* agetur. Defertur autem litis deciſorium *a partibus:* æſtimatorium *a ſolo iudice*, *l. 4. ſ. 1. ff. de in lit. iur.* Ceterum recte quidem DD. ad iuramentum litis æſtimatorium etiam *iuramentum expenſarum* referunt ex *Ordin. Camer. p. 1. tit. 66. 67.* Verum hic notandum, quod illud in noſtris iudiciis raro frequentetur, C) quippe vbi victor expenſas, ſine iuramento deſignare, & iudex deinde eas moderari ſolet, vnde formula in ſententiis conſueta: **Es iſt auch Beklagter die auf dieſen** *Proceß* **verwandte Unkoſten, nach vorhergehender** *Liquidation*, **und erfolgter richterlichen Mäßigung, Klägern zu erſtatten ſchuldig, V. R. W.** Exceptio eſſet forſan, ſi maxima ſumma impenſarum nomine peteretur ab actore, vbi pro re nata, ad iuramentum admitti poſſet.

DISTINCTIO VII.

Inter Iuramentum *reſpondendorum* & *litis deciſorium.*

Quamuis aliquis, mediante iuramento reſpon-

C) Ex inſtituto hac de re egi in *Not.* ad AVCTOR. **Einleit. zum** *Ciuil*-**Proc.** *cap. 43. ſ. 6. lit. I.* quo L. B. remitto.

ſpondendorum, omnes & ſingulas ab altera parte oblatas poſitiones, & ſic totum eius intentionis fundamentum negauerit, nihilominus tamen ab inſtituta actione nondum abſoluitur, ſed actori via probandi adhuc patet, & licet hic deinde contrarium probet, nondum tamen vt periurus conſideratur. Quæ omnia ſecus ſe habent, poſtquam iuramentum litis deciſorium a reo præſtitum fuit. Ratio differentiæ hæc eſt: Iuramentum reſpondendorum per indirectum ſaltem litis deciſionem reſpicit, & nihil aliud eſt, quam ſpecies iuramenti calumniæ, *D)* illuſtr. Dn. Stryk. *in not. ad Lauterb. tit. de interrog. in iur. fac. verb. Dandorum.* Meuius *P. 3. Deciſ. 175. num. 2.* & non tam de veritate, quam potius de credulitate concipitur, vnde iuxta ſtilum Cameræ, per vocem: *credo*, vel, *non credo*, reſponſiones efferuntur, vid. *Ord. Cam. p. 3. Tit. 15. §. 4.* quamuis iuxta *Receſſ. Imp. nouiſſ. ſ.* zu welchem Ende *49.* ibi: durch das Wort: Wahr, oder nicht wahr, ſo viel ihr eigen Geſchicht betrifft; ſo viel aber fremde Geſchicht belangt, durch das Wort: Glaub Wahr, oder nicht Wahr ſeyn &c. inter facta propria & aliena diſtingui de-

D) In factis *propriis* tamen degenerat in *iuramentum veritatis* B. STRYK. *Introduct. ad Prax. forenſ. cap. 17. §. 10. & 12.*

debeat, vid. Brunnem. *Proc. Ciuil. c. 17. n. 19. & 20.* Quidquid tamen sit, iuramentum illud nihilominus manet solummodo iuramentum calumniæ, & sic prior adlata differentia inter illud, & iuramentum litis decisorium, firmo adhuc stat talo, prout hoc quotidiana iudiciorum praxis satis abunde confirmat.

DISTINCTIO IIX.

Inter Iuramentum *iudiciale* & *extraiudiciale*, s. *voluntarium.*

Actus quidem iudiciales & extraiudiciales alias de iure commune, ratione validitatis, & effectus, parum ab inuicem differunt, nisi dicere velis, (1) quod iudiciales facilius probari possint, & (2) quod maiorem præsumtionem pro se habeant, quam extraiudiciales; sed vero quod præsentem materiam attinet, non vnus effectus distinctionis iuramenti adlatæ in legibus deprehenditur. Scilicet iuramentum extra iudicium delatum species conuentionis est, *l. 17. pr. h. t. l. 20. §. 2. ff. eod.* & ergo, quia omnes conuentiones ab initio sunt meræ voluntatis, nemo ad illud suscipiendum tenetur, sed libere recusari potest, v. g. si dicat alter: Ich mag nicht schweren, ita vt propterea pœnam iurare nolentium, id est, præsumtionem confessionis factæ, non incur-

currat, quæ omnia in iuramento, in iudicio delato, aliter ſeſe habent, vt deinde dicetur; ibi enim vel acceptandum eſt iuramentum, vel referendum, vel conſcientia probatione exoneranda. Porro, in iuramento iudiciali, ſi refertur iuramentum delatum, is, qui ante detulerat, illud præſtare præciſe tenetur, quia non debet diſplicere conditio iurisiurandi ei, qui primo detulit, vt habet *l. 34. §. 7. ff. h. t.* ſecus in extraiudiciali, *d. l. 17. pr. h. t.* nam in relatione noua ſpecies conuentionis adeſt, ad quam alter itidem cogi nequit. Denique magis vera eſt eorum ſententia, qui ſtatuunt, deferentem in extraiudiciali non eſſe obſtrictum ad iuramentum calumniæ, ſibi enim imputet alter, quod illud delatum ſponte acceptauerit. Lauterb. *ad h. t. p. m. 170.* quod ſecus in iudiciali. Poſſes & hoc addere: Poſt delatum iuramentum iudiciale debet accedere decretum iudicis, eam delationem confirmans, Carpz. *de Proc. tit. 11. art. 1. n. 133. & art. 2. n. 2.* a qua confirmatione demum delatio ſuum effectum ſortitur; aſt extraiudiciale vires ſuas a ſola delatione & acceptatione habet. Ex iudiciali actio iudicati, ex extraiudiciali actio in factum oritur: extraiudiciale nullas ſolennitates requirit, bene tamen iudiciale.

DISTINCTIO IX.

Inter Iuramentum *calumniae generale* & *speciale* f. *malitiae.*

Differunt hae duae species principaliter *obiecto.* Iuramentum calumniae generale praestatur super tota causa, prout habent versiculi Poetastri cuiusdam:

Illud iuretur, quod lis sibi iusta videtur,
Et si quaeretur, verum non inficietur:
Nil promittetur, nec falsa probatio detur,
Vt lis tardetur, dilatio nulla petetur.

Iuramentum malitiae autem super puncto quodam speciali. Et hinc simul profluit, quod prius regulariter *ab initio* processus, & *semel* tantum praestetur, posterius autem toties, quoties praesumtio contra alterutrum ex litigantibus suboritur, quod non bona fide agat, sed protractionem processus intendat, v. g. si multae dilationes petuntur: si quis interuenire vult in processu: si quis exceptiones non fundatas obiicit, &c. Prius praestatur *ab vtraque parte simul*, & *ab aduocatis* etiam, *E)* posterius ab altero saltem

E) Sententia AVCTORIS & *in l. 2. pr. & §. 4. C. de Iureiur. propt. Calumn.* & in R. I. *de an-*

tem litigante, neque regulariter ab aduocatis.

DISTINCTIO X.

Inter iuramentum litis deciſorium *a iudice, & ab altera parte* delatum, quorum hoc *iudiciale*, illud autem *neceſſarium* vocatur.

Poſt delatum iuramentum *iudiciale* tres viæ patent illi, quem delatio facta reſpicit. Aut enim poteſt iuramentum acceptare, aut referre, (niſi forſan tale ſit factum, cuius alter nullam notitiam habet, *F*) *l. 34.*

anno 1654. §. 43. fundata; *hodie* vero pleriſque in locis, ob iuramentum ab initio officii præſtitum, aduocatos ab hoc iuramento liberari, poſt BRVNNEM. obſeruat B. STRYK. *Introduct. ad Prax. for. cap. 12. §. 7.* quæ ſententia confirmata in der Cammer-Ger. Ordn. der Marck Brandenb. *Tit. 31. §. 9.* addito tamen hoc temperamento, niſi in progreſſu litis *grauis præſumtio malitiæ* emergat, quo caſu, vel ex officio, vel ad inſtantiam partis aduerſæ, hoc iuramentum præſtandum.

F) Hinc nata diſtinctio inter facta *propria* & *communia*, quam exponit AVCTOR *Doctr. Pand. h. t. §. 25.*

lib.34. §. 8. ff. h.t.) aut conſcientiam probationibus exonerare, vid. Rauchbar. *p. 2. q. 3. n. 19.* quod vocant: das Gewiſſen mit Beweiß vertreten, & licet in hac probatione defecerit probans, nihilominus reliquæ duæ viæ adhuc manent. *G)* Formulam pronunciandi in eiusmodi caſu habet Brunnem. *Proc. Ciu. c. 23. num. 14.* daß N. dasjenige, was er ſich zu Vertretung ſeines Gewiſſens zu beweiſen angemaſſet, nicht bewieſen, dannenhero er den deferirten Eyd zu *præſtiren* oder zu referiren ſchuldig. Hæc in iudiciali obtinent. Sed in iuramento *neceſſario* duæ fal-

G) Ad *relationem* iuramenti eum, qui in defenſione conſcientiæ ſuccubuit, non admitti, crebriori DD. calculo placuit. Vid. quos excitat MARTIN. ad *Ord. Proc. Sax. Tit. 19. §. 2. n. 41.* cui ſententiæ quoque fauet praxis *Marchiæ*, & *Ducatus Magdeburgici.* Cammer-Ger. Ordn. *Tit. 43. §. 19.* Magdebl. Proc. Ordn. *Cap. 29. §. 9.* Imo de iure *Marchico* & *Electorali Saxonico*, ne quidem *regreſſus ad iuramentum* patet; quamuis ſi in conſcientiæ defenſione *nonnihil* probatum, iuramento ſuppletorio, vel purgatorio, pro ratione circumſtantiarum, omnino locus ſit. Cammer-Ger. Ordn. *d. T. ʃ. 19. ſeq.* Chur-Sächſ. Verbeſſ. Proc. Ordn. *Tit. 19. ʃ. 1.*

ſaltem viæ competunt, acceptatio, & conſcientiæ exoneratio. Relationi locus non eſt. Cui enim referret? an iudici deferenti? ſed hoc valde obſonum futurum eſſet. Aſſerit quidem Carpz. *de Proceſſ. tit. 12. art. 2. num. 94.* citatus a Lauterb. *h. t.* quod nec probatio pro exoneranda conſcientia in hoc iuramento locum habeat. Sed eam ſententiam, tanquam fundamento deſtitutam, recte iam reiecit *H)* illuſtr. Dn. Stryk. *in not. ad Lauterb. h. t. verb. recuſari poteſt.* Porro, ſi acceptatur iuramentum *iudiciale*, deferens ante omnia iuramentum calumniæ præſtare tenetur, *l. 37. h. t.* alias enim quilibet ex mera malitia deferre interdum iuramen-

H) Loquitur CARPZ. *l. c.* de iuramento *ſuppletorio*, quod in hoc defenſio conſcientiæ locum non habeat, quæ ſententia tum in *Marchia Brandenburgica*, tum in *Ducatu Magdeburgico* recepta. Vid. Cammer-Ger. Ordn. *Tit. 44. §. 8.* Magdebl. Proc. Ordn. *cap. 39. §. 3.* Aliud de iuramento *purgatorio* dicendum, in quo probationi pro exoneranda conſcientia vtrique locus eſt. Cammer-Ger. Ordn. *Tit. 46. §. 3.* Magdeb. Proc. Ordn. *d. l.* licet ſecus in *Electoratu Saxoniæ*, vbi, ſi iuramentum purgatorium in cauſſa *ciuili* delatum, probatio illa penitus exulat. ORD. PROC. RECOGN. *Tit. 32.*

mentum posset. At vero iudex, deferens *necessarium*, non iurat de calumnia, quippe qui praesumtionem legis pro se habet, quod bona fide agat omnia. Denique & haec notabilis inter vtrumque iuramentum intercedit differentia. *Iudiciale*, semel praestitum, non retractatur propter noua instrumenta, bene tamen *necessarium*. Ratio differentiae habetur in *l. 7. h. t.* quia in priori casu adest conuentio quaedam, & transactio, (ibi: *transactum sit negotium*) atque adeo alter sibi imputare debet, quod delationi iuramenti rem commiserit. In posteriori casu autem illa ratio sine dubio cessat, quia delatio a iudice facta. Hoc tamen adhuc notandum: scilicet, quod diximus, iuramentum iudiciale non posse retractari sub praetextu periurii admissi, quod illud saltem intuitu priuati interesse intelligendum sit. Criminaliter ergo nihilominus puniri poterit ille periurus, cum pars deferens interesse publico praeiudicium inferre neutiquam potuerit.

DISTINCTIO XI.
Inter Iuramentum *suppletorium* & *purgatorium*.

Prius regulariter defertur actori, posterius reo. *Regulariter*, inquam, interdum enim fieri potest, vt propositio conuerta-

tur, quando ſcilicet de exceptione agitur, vbi reus actoris, actor autem rei vices ſuſtinet. Porro: quando defertur iuramentum ſuppletorium, tunc ſemiplena ad minimum probatio requiritur, quæ fit per vnum teſtem, omni exceptione maiorem. Ant. Faber *in Cod. l. 4. tit. 1. def. 4. n. 5. & def. 18. n.* 7. ſed ſi iudex vult deferre iuramentum purgatorium, tunc ſaltem contra reum coniecturæ quædam adſunt, quæ probationem ſemiplenam non efficiunt, v. gr. vnus teſtis omni exceptione non maior. Suppletorium in cauſis ciuilibus ſaltem defertur, non vero in criminalibus, quando de crimine, pœnam corporis afflictiuam inferente, agitur, quia tunc probationes luce meridiana clariores requiruntur, *l. vlt. C. de probat. ibique Gothofr.* Carpz. *P. 1. C. 23. Def. 11.* Menoch. de *A. I. Q. lib. 1. cent. 5. caſ. 464. n. 1. ſeq.* aſt purgatorio & in ciuilibus, & in criminalibus locus eſt, Meu. *p. 8. Dec. 57. num. 1. ſeq.* Heig. *p. 1. qu. 40. n. 10.* vnde negligentiæ aduocatorum (non enim dicam ignorantiæ) interdum adſcribendum eſt, quod illud iuramentum, in fauorem clientum ſuorum, non vrgeant ab aduerſario. Regula enim: *Actore non probante abſoluendus eſt reus*, non obſtat, quo minus reo, indiciis grauato, tortura illa ſpiritualis imponi queat. In purgatorio mul-

tæ

tæ adhiberi ſolent ſolennitates: *l)* in ſuppletorio non.

DIST.

l) Rem optime illuſtrat locus ex KAYSER. *Prax. Crim. part. 1. cap. 6. §. 2. p. m. 319.* vbi, poſtquam tenorem ſententiæ, qua duobus inquiſitis iuramentum purgatorium dictarum, recitaſſet, hæc verba ſubiungit: Wie denn auch beyde inquiſiten ſolchen dem Urtheil gemäß abgefaßten Eyd . . . auf einem ſchwartzen Tuch vor der Bibel, dem *Crucifix*, Todten-Kopff, der Sand-Uhr, und zwey brennenden Lichtern, würcklich abgeleget, cetera. Non tamen in omni purgatorio illæ ſolennitates adhibentur, ſed ſaltem, ſi in cauſſa *criminali*, vel, ſecundum obſeruantiam quorundam locorum, *matrimoniali* (e. g. *Wittebergæ*, vbi teſte NÆVIO *Tr. de Iuram. part. 3. cap. 10. ſ. 7.* purgans ſe a promiſſo matrimonio, *flexis coram menſa, atro panno obducta, genubus, ac candelis incenſis, foribusque ac feneſtris apertis, coram venerabili ſigno crucis, ac Bibliis propoſitis,* iurare tenetur,) illud dictatum; quamuis in *hac* perſonis honoratioribus eædem remitti ſoleant. RIVIN. *Enunc. Iur. Tit. 32. En. 7.* NÆVIVS *d. l.*

DISTINCTIO XII.

Inter Iuramentum purgatorium *in caussis ciuilibus* & *criminalibus* delatum.

Vsus quam maximus *K)* in foro hic deprehenditur. Si enim in caussis ciuilibus

K) In eo etiam insignis vsus deprehenditur, quod in caussa *ciuili* is, qui iuramentum purgatorium præstitit, *ab expensis quoque absolui debeat*, BRVNNEM. *Proc. ciuil. cap.* 23. *n.* 38. quod secus in caussa *criminali*. Heic enim, si quis facto culpabili caussam inquisitioni dedit, quamtumuis, præstito iuramento purgatorio, absolutus sit, ab expensis tamen immunis haud est DN. de BERGER *Elect. Iurispr. Crim. part.* 2. *Supplem. Obseruat.* 168. Quin *generatim* alii refusioni expensarum locum concedunt, si inquisitus, præuio iuramento purgatorio, absolutus; quoniam si indicia ad iuramentum purgatorium sufficiunt, iuste quoque inquisitio mota, atque adeo fiscus debet manere indemnis. B. STRYK. *Introduct. ad Prax. forens. cap.* 20. §. 12. quæ sententia *in Electoratu Saxoniæ* diserte confirmata, per *Rescriptum de anno* 1717. *d.* 3. *Febr.* quod conceptis verbis retuli in *Not.*

bus illud iuramentum defertur, alter autem id præstare recusat, tunc manemus in regula vulgata; quod scilicet iurare recusans pro confesso habeatur, siue, quod idem est, incurrat pœnam iurare nolentium, *v. l. 34. §. 6. & l. 38. ff. h. t.* ast, qui in criminalibus (grauibus scilicet) *L)* iurare recusat, propterea non ordinaria, sed extraordinaria saltem pœna afficitur, Menoch. de *A. I. Q. lib. 2. cas. 274. n. 5.* Zœsius *ad tit. de purgat. Canon. in f.* Brunnem. *Proc. ciu. c. 23. n. 36.* condemnatus enim est ex præsumtionibus saltem, & sic non adest probatio luce meridiana clarior.

DISTINCTIO XIII.

Inter *Obtestationem* & *Iuramentum*.

Obtestatio vocatur, quando quis alterum, nominato Deo, vel alia quadem re ipsi carissima, vel ab ipso maxime verenda, obsecrat

ad AVCTOR. Einleit. zum Peinl. Proceß *cap. 12. §. 17. lit. B. & §. 18. lit. D.* vbi verba *Ord. Criminal. Boruss.* dedi.

L) Si enim delictum sit leuius, cui pœna *arbitraria* imminet, vtique reus, hoc iuramentum præstare recusans, ad eandem condemnari potest. CARPZ. *Pract. Crim. part. 3. Q. 116. n. 81.*

secrat de veritate dicenda, qualis est Archi-Sacerdotis, *Matth. 26. v. 36.* Ich beschwere dich bey dem lebendigen GOtt, daß du uns sagest, ob du seyest Christus, der Sohn GOttes. Eiusmodi obtestationem non esse iuramentum, quilibet facile videt, atque hinc cum iuramento etiam confundi non debet, conf. Exc. Thomasius *Iurispr. diuin. l. 2. c. 9. §. 65.*

DISTINCTIO XIV.

Inter *Contestationem* & *Iuramentum.*

In iuramento adest inuocatio nominis diuini; sed contestatio dicitur, quando quis comparatione rei gratissimae, (*aliena* tamen, non propriae,) asseuerat, non minus sibi cordi esse veritatem in illa re, ac sibi est illa res nominata. Exempla habentur *Genes. 42. v. 15. 16.* vbi Iosephus fratres suos ita alloquitur: Daran will ich euch prüfen bey dem Leben Pharaonis, &c. item *2 Reg. 2. vers. 2. & 4.* vbi Elisa ad Eliam: So wahr der HErr lebt, und deine Seele, ich verlaß dich nicht. Exc. Thomasius *loc. cit. §. 66.* Vsus in eo consistit: vtrum is, qui contrauenit eiusmodi contestationi, tanquam periurus in foro humano puniri possit? quae quaestio sine dubio negari debet.

DISTINCTIO XV.

Inter *asseuerationem* & *Iuramentum.*

In asseueratione iterum non est inuocatio nominis diuini, vt in iuramento, sed ea dicitur, quando quis comparatione rei *propriæ* gratissimæ testatur, sibi non minus cordi esse veritatem, ac sibi cordi est conseruatio rei. Distingui tamen in duas classes solent eiusmodi asseuerationes. Scilicet vel fiunt *a principibus, & illustribus personis*, bey Fürstlichen wahren Worten, Treu und Glauben, Item bey Adelichen Treuen, bey Cavaliers Parole, &c. vel *a priuatis hominibus*, v. gr. so wahr ich ein ehrlicher Mann bin, ich will ein Schelm, oder nichts werth seyn, &c. Posteriores nullum effectum regulariter producunt, nec pœna afficitur is, qui adhibitis huius generis asseuerationibus, alterum fallit, nisi quod, vt alias, ad interesse conueniri possit. De prioribus vero dicitur, quod vim iuramenti habeant, *M)* Gail. 2. *Obs.* 59. *num.* 2. *seq.* & *alii apud Lauterb. h. t.* idem potest esse, si propter specialem consuetudinem certi populi, vel certæ etiam sectæ, vis iuramenti asseuerationibus tribuatur, quo refero Quakerorum formulam: Bey Mannen und Worten,

M) Interim in omnibus caussis, in quibus

pro

ten, N) conf. Dn. Thomas. *l. c.* §. 67. Hugo Grotius *de I. B. & P. l. 2. c. 13. §. vlt.* quamuis illud, quod de illustribus personis dictum, quoad vim obligationis saltem intelligi debeat, non autem eo respectu, ac si poenae periurii ordinariae propterea locus sit, quod in Quakeris etiam locum inuenire existimo. Ergo adhuc multum interest, vt iuramentum ab asseuerationibus accurate distinguatur. Posses etiam formulam: **an Eydes statt**, huc referre, quippe quae ex omnium confessione, vim veri iuramenti non

pro forma, ac *ad substantiam actus*, iuramentum requiritur, eiusmodi adseueratio haud quaquam sufficit, quum reuera iuramentum non sit, e. g. in *renunciatione ac intercessione mulierum*. CARPZ. *Ipr. for. part. 2. Const. 16. def. 5.* & *Const. 36. def. 9.* in *renunciatione futurae successionis*, MEV. *ad Ius Lubec. Part. 2. Tit. 1. Rubr. n. 87.* ZIEGLER. *ad Lancellot. Lib. 3. Tit. 3. ʃ. 3.* BRVNNEM. *Cent. 3. Dec. 98.*

N) Quae tamen in iudiciis vim iuramenti non habet B. STRYK. *Vs. mod. ff. b. t. ʃ. 8. ib. praeiudic.* RIVIN. *Enunc. Iur. Tit. 18. Enunc. 134.* DN. MENCKEN. *Tractat. Synopt. Proc. Tit. 24. ʃ. 7.* nisi *consuetudo particularis* ita ferat. MENCKEN. *d. l.*

non habet, *O)* v. Ruland. *de Commiss. p. 2. l. 2. c. 11. num. 32.* Nota adhuc: si asseuerationibus accedunt maledictiones, v. gr. Diabolus me rapiat, &c. tunc *execratio* vocatur.



NOVA DISTINCTIO.

Inter *Iuramentum* & *Votum.*

In *illo* vel *homini* quid *promittitur*, vel quid *adseritur, negaturue*, inuocato Deo, in testem, & vindicem periurii, in *hoc* ipsi *Deo* quid promittitur. Vsum hæc distinctio præstat plane eximium circa quæstionem: *Num iuramentum vi metuue extortum*

O) Dissentit a se ipso B. AVCTOR *Doctr. Pand. h. t.* §. 2. formulam hanc *implicitum iuramentum* continere adserens, cui sententiæ & ego subscribo. Is quippe, qui *in vim iuramenti* promittit, tacite Deum inuocasse censetur, vt fidem promissi non seruatam *in vim periurii* flectat, ac ipsum, *ceu peierantem*, puniat. Vbi tamen Lege, vel consuetudine, vel sententia *corporale iuramentum* requiritur, eiusmodi formulam non sufficere, haud inuitus largior. B. STRYK. *Vs. mod. ff. h. t.* §. 14. *ib. cit.* B. IO. SAM. STRYK. *Meletem. de Iurament. Meletem.* 7. *cap.* 2. §. 27. *seq.*

tum validum sit, ac relaxatione indigeat? Ait H. GROT. *de I. B. & P. Lib. 2. cap. 13. §. 14.* ea inductus ratione, *quod in tali iuramento Deo quid promittatur;* quo ipso vero aperte *miscet* iuramentum & votum. Aliud quippe, promittere Deo, quod soluere velim latroni, aliud *promittere latroni*, cum inuocatione nominis diuini. Quum ergo in tali iuramento *Deo nihil promittatur*, is vero, qui vim ac metum infert, fatente ipso GROTIO *d. l. nullum inde ius consequatur*, consequens est, eiusmodi iuramentum *prorsus esse nullum*, nec vlla absolutione indigere, nisi *ad cautelam* illa petatur. L. B. de PVFENDORF *de I. N. & G. Lib. 4. cap. 2. §. 8.* Illustr. DN. THOMAS. *Instit. Iurispr. Diuin. Lib. 2. c. 9. §. 34.*



LIB. XII. TIT. III.

De in Litem iurando.

DISTINCTIO I.

Inter Iuramentum *affectionis* (s. ordinarium) & *veritatis* (s. extraordinarium.)

Iuramentum affectionis toties praestatur, quoties alter rem nostram, (*speciem*

 sci-

scilicet, eamque *raram admodum*, ita vt similis facile haberi nequeat,) quam ipsi forsan commodauimus, locauimus, vel penes ipsum deposuimus, *dolo malo* restituere detrectat, vel eandem restituere paratus quidem est, ita tamen dolo corruptam & deterioratam, vt vsum consuetum nobis amplius præstare non possit, *l. 5. §. 3. ff. h. t. l. 68. ff. de R. V.* & huc pertinet quoque, si corruptio non quidem per dolum, per *latam* tamen *culpam* facta fuerit, agitur enim de priuato saltem interesse consequendo, & vero tunc lata culpa dolo æquiparari solet, *l. 32. ff. depos.* E contrario autem, si quis per *leuem culpam* rem deteriorauit, aut fecit etiam, quo minus eadem restitui possit, iuramento *veritatis* locus est, *l. 2. §. 1. ff. h. t.* In iuramento *affectionis* sine vlla taxatione *A)* in infinitum iuratur, *d. l. 68. ff. de*

A) Sed quid faciemus cum VLPIANO, qui in *l. 4. §. 2. ff. h. t.* & *in L. 3. §. 2. ff. Ad exhib.* arbitrio bonæ fidei iudicis congruere docet, *taxationem* huic iuramento adiicere. DD. varie has LL. conciliant. Alii distinguunt inter taxationem, quæ fit *a Lege*, & quæ fit *a Iudice;* alii verba *d. l. 68. sine vlla taxatione*, ad verbum: *iurauit*, non ad verbum: *damnandus*, referenda censent, vt sensus sit: *Quum actor iurauit*,

ff. de R.V. Per iuramentum *veritatis* autem illud solummodo æstimatur, quod interest agentis, *d. l. 2. ʃ. 1. h. t.* iuramentum *affectionis*, quia tendit ad coercendum admissum a defuncto dolum, non datur aduersus heredes, bene tamen iuramentum *veritatis*, vbi meram rei restitutionem pro scopo habemus, vid. Lauterbach. *ad h. t. circ. fin.*

Eam quoque tanquam notabilem differentiam adducere solent, quod iuramentum *affectionis* in actionibus bonæ fidei solummodo locum habeat, non autem in iudiciis stricti iuris, in quibus nempe æstimatio per iuramentum *veritatis* suscipitur.

Sed

uit, nulla taxatione a iudice præfinita, id iudex seruare debet. Alii aliter. vid. DONELL. *emucl. Lib. 26. cap. 11. lit. E.* ibique HILLIGER. Nobis placet sententia BACHOV. *de Action. Disp. 7. part. 1. th. 13.* WISSENBACH. *ad ff. part. 1. Disp. 24. ʃ. 47.* in arbitrio iudicis esse, vtrum *laxum & liberum*, an vero *certa taxatione limitatum* iuramentum actori deferre velit. Quum enim Iudici liberum sit, iuramentum hoc *plane non deferre*, sine dubio & taxationem eidem adiicere poterit, prout ipse philosophatur VLPIANVS *d. l. 4. §. 2. ff. h. t.*

Sed illa assertio, quod pace dissentientium dictum sit, nec iuri ciuili, nec praxi nostrorum iudiciorum consentanea esse videtur. Quod enim ius ciuile attinet, ibi nec in omnibus b. f. iudiciis iuramento affectionis locus est, sed in aliquibus saltem. De emtione, quae sine dubio ad iudicia b. f. pertinet, expressus habetur textus in *l. 4. C. de act. emt. & vend.* vbi Impp. Diocletianus & Maximianus ita: *Si traditio rei venditae iuxta emtionis contractum procacia venditoris non fiat: quanti interesse compleri emtionem fuerit arbitratus Praeses prouinciae, tantum in condemnationis rationem deducere curabit.* Puto tamen, quod & hic exceptio esse possit, si forsan res rara, cuius similis vel plane non, vel admodum difficulter haberi possit, vendita alicui fuerit. Hoc interim exinde ostendisse sufficiat, non esse regulam vniuersalem: quod indistincte in omnibus b. f. iudiciis, in litem iurare, & pretium affectionis petere liceat. Quemadmodum autem haec regula in contractibus b. f. affirmatiue non procedit: ita nec e contrario in stricti iuris iudiciis vniuersaliter dici potest, quod in illis nunquam illi iuramento locus relinquatur. Textus in *l. 5. pr. & §. f.* item in *l. 6. ff. h. t.* quem pro sua sententia adducit Lauterbach. *Comp. iur. h. t.* ipsi magis aduersatur, quam quod patrocinium praestet, quod etiam agnoscit B.

Struuius *in S. I. C. Exerc. 17. th. 65.* quando asserit, in stricti iuris iudiciis iuramento affectionis locum non dari, cum hac tamen restrictione, *præterquam si per accidens fiant arbitraria*, ad quam restrictionem probandam *d. l. 5. §. f. h. t.* adducit. Audiamus ipsum Marcianum in *cit. §. f.* *Plane* inquit, *interdum & in actione stricti iudicii in litem iurandum, veluti si promissor Stichi moram fecerit, & Stichus decesserit, quia iudex æstimare sine relatione iurisiurandi non potest rem, quæ non extat.* Forsan vero dices, hæc de iuramento veritatis saltem intelligi debere, quo etiam respexisse videtur Lauterbach. dum *pr. & d. §. f.* coniungit. Sed vero ex collatione *illius princ. cit. loc.* liquido constat, quod de iuramento affectionis locutus fuerit ICtus, quia ibi de iureiurando, in iudiciis b. f. & arbitrariis præstando, expresse agitur. Quod si vrgeas: interim tamen verum manere, quod vt plurimum in b. f. rarius autem in stricti iuris iudiciis iuramentum in litem affectionis locum habeat, & vero in rebus moralibus regulæ vniuersales ab eo desumi soleant, quod *vtplurimum* obtinet; Resp. id quidem verum esse, sed simul addo, id nostro casu non exinde prouenire, quia illi contractus sunt bonæ fidei, sed quia in illis vtplurimum de rebus *in specie* restituendis agitur, v. g. in deposito, commodato,

to, pignore, locato, &c. perinde vt in actionibus realibus, quae arbitrariae vocantur, vt in rei vindicatione, & similibus. In hisce autem omnibus species illa, tanquam obiectum actionis, ita comparata est, vt affectionem vtplurimum specialem recipiat. In actionibus stricti iuris hoc autem interdum solummodo fit, v. g. si res rara donata, aut apud Romanos per stipulationem promissa fuerat. Ita ergo regula ad sensum iuris Romani formanda esse videtur: *in quibuscunque actionibus species rara, pretium affectionis recipiens, petitur, ibi iuramentum affectionis praestatur, siue ea actio sit realis, siue personalis; siue b. f. siue stricti iuris.*

Sed, posito etiam, adlatam differentiam in legibus Romanis fundatam esse; vlterius tamen tunc inquirendum esset; *vtrum ea adhuc hodie apud nos vsum in foro praestare possit?* Certe ea differentia ex nullo alio fundamento deriuari posset, quam quod iudex pedaneus apud Romanos, in iudiciis stricti iuris, ad verba contrahentium praecise adstrictus erat, nec vltra eadem progredi poterat, quamuis aequitas hoc suadere videretur, prout hoc accurate ostendit Wesenb. *in Parat. ff. h. t. num. 6.* sed vbi locorum iudices pedanei apud Germanos deprehenduntur? Et ergo vbi est hodie tam restricta eorum potestas? nullibi certe. Quid er-

ergo? numne corruente fundamento effe-ctus adhuc durare poterit? non videtur, nisi absurdum aliquod admittere velimus.

Cupis forsan autoritates? Producimus Carpzouium, cuius verba in *P. I. c. 23. Def. 19. num. 7. seqq.* sequentia sunt: *Etsi vero*, inquit, *lubens fatear, praedictam distinctionem* (inter iudicia b. f. & stricti iuris) *ab interpretibus fuisse receptam, ac commode etiam retineri atque defendi posse*, (de quo tamen nos propter ea, quae paulo ante adduximus, adhuc dubitamus,) - - - - *non memini tamen*, addit, *in praxi hanc differentiam multum attendi, quin potius arbitrio iudicis relinqui, quando iuramentum hocce siue affectionis, siue veritatis, deferendum existimet.* B) *Nam circa iusiurandum*

B) Imo non tam ab arbitrio iudicis, quam a *circumstantiis*, in quolibet negotio occurrentibus, dependet, vtrum iuramentum adfectionis, an veritatis deferendum sit. Quod & ORDINAT. CANCELL. HANNOV. *Tit. 24. §. 6.* eleganter inculcat, ibi: **Und zwar nach der Sachen Beschaffenheit,** (non ergo pro arbitrio iudicis) **das** *iuramentum aestimationis, siue veritatis*, **oder auch** *affectionis*, cetera. Vnde si nullus dolus vel lata culpa aduersarii concurrat,

dum in litem arbitrio iudicis multum esse tribuendum, satis apparet ex l. 4. ʃ. 2. & 3. l. 5. ʃ. 3. & 4. ff. de in lit. iurand. Ex quo fit, ita concludit, *vt hodie non solum in omnibus b. f. actionibus, siue in rem, siue in personam, quibus res restituitur, sed etiam in strictis iudiciis, arbitrariis, & non arbitrariis, ex causa iusta atque sufficiente, in litem iuretur, vt notat* Andr. Rauchbar. *p. 1. qu 9. num. 32.* Verba Carpzouii ita perspicua esse reor, vt nulla ratione de solo veritatis iuramento intelligi possint, quamuis eadem ita explicare voluerit B. Brunnemann. *ad l. 5. ff. h. t. num. 9.* Carpzouio iunge Struuium *Ipr. R. G. F. l. 4. tit. 12. aphor. 17.*

Facile quidem credimus, contrariæ sententiæ etiam non defuturos, quos pro stabilienda sua opinione adducere possint; sed in collisione eiusmodi diuersarum autoritatum, ea semper præferri debet, quæ cum genuinis principiis conuenit, qualem Carpzouii esse ante demonstratum fuit. Ex quo simul apparet, testimonium dicti Carpzouii non ad solam Saxoniam restringendum esse, sed ex identitate rationis, ad omnia Germaniæ fora extendi & applicari [illegible] iure [illegible] nec hodie iuramento *adfectionis* locum esse, rectissime docet, ac ipsis rerum argumentis illustrat HORN. *Class. IV. Resp. 13.* & *Class. XI. Resp. 95.*

iure debere. Conferantur omnino, quæ pro more suo, hic solidissime deduxit illustr. Thomasius *in disp. de pretio affectionis in res fungibiles non cadente cap. 3. §. 24. seqq.*

DISTINCTIO II.

Inter affectionem *extra rem* & *in ipsa re radicatam.*

Vsum huius distinctionis in eo ponunt nonnulli, quod iuramentum in litem affectionis tunc saltem locum habeat, quando adest affectio *in ipsa re*, v. gr. raritas, vt res similis vel plane non, vel tamen admodum difficulter iterum haberi possit, non autem si *extra rem* est, v. g. si quis rem aliquam propterea maximi faciat, quia ipsi a Principe, vel Patrono, eadem donata fuit, quæ sententia placuisse videtur Lauterbachio *circ. fin. h. t.* & Dn. Beyero *in Pos. ff. ad h. t. pos. 2. 3. & 4.* conf. quos citat Brunnem. *ad l. 1. ff. h. t. num.* 7. & Hilliger *ad Donell. lib. 26. c. 6. lit. D.* Verum hæc opinio simpliciter approbari nequit, cum iuxta *l. 35. ff. de minor.* interdum quoque affectio extra rem consideretur. Ita enim Hermogenianus *in d. l. Si in emtionem*, inquit, *penes se collocatam minor adiectione ab alio superetur; implorans in integrum restitutionem audie-*

audietur, si eius interesse, emtam ab eo rem fuisse, adprobetur: veluti quod maiorum eius fuisset: *ita tamen, vt id, quod ex licitatione accessit, ipse offerat venditori.* Eodem fere recurrunt, quae Iauolenus in *l. 36. ff. de bon. libert.* habet, vbi ita: *Multi enim casus interuenire possunt, quibus expediat patrono petere bonorum possessionem, quamuis aeris alieni magnitudo, quam libertus reliquerit, facultates patrimonii eius excedat:* veluti, si praedia sunt aliqua ex bonis liberti, in quibus maiorum patroni sepulchra sint, *& magis aestimat patronus, bonorum possessionis iura pro parte ea ad se pertinere: vel aliquod mancipium, quod non pretio, sed affectu sit aestimandum. Non ergo ideo minus habere debet ius petendae bonorum possessionis, qui animo potius, quam aliorum computatione, bona liberti aestimat.*

Vt vero distincte mentem nostram explicemus, ita dicendum esse existimamus: *Propter interesse in ipsa re radicatum, iuramento in litem affectionis semper locus; sed propter interesse extra rem consideratum, illud interdum saltem admittitur, interdum non.*

Noua autem incertitudo adest. Quaeritur enim nunc vlterius: quales sint illi casus, vbi actor ad iuramentum affectionis propter interesse extra rem consideratum, ad-

admittatur? Hic vero egregiam nauauit operam Illuſtr. Thomaſius *in cit. Diſp. Cap. I. ʃ. 24.* vbi totam quæſtionem ita ex fundamento explicat. Scilicet omne pretium affectionis, prout hoc ipſa denominatio indicat, ex affectibus humanis, circa rem quandam concurrentibus, oriri dicit. Sed vero affectus triplices ſunt, *ambitio, auaritia* & *voluptas*. Quantum ad *auaros* attinet, illi erga res ſingulares nullam fere affectionem fouent, nummis ſolummodo intenti, quorum erogatione commodum ſuum promouere poſſunt, quæ commodi promotio in rebus ſingularibus ceſſat. Ergo auaro aliquot nummi a principe donati magis arrident, quam alia gratiæ & beneuolentiæ teſtimonia, quia non illam primario intendit, ſed tantum habet pro medio perueniendi ad finem ſuum, ſcilicet ad diuitias.

Aliter res ſeſe *ambitioſorum* intuitu habet. Vnde omnes fere circumſtantiæ, propter quas affectio circa rem adeſſe creditur, vnice in aliqua ambitione fundantur, *v. g. quod res ſit donata a principe.* Ambitioſus enim nihil ipſa gratia principis antiquius habet. Et quamuis leuiſſimum ſaltem fuerit, quod profectum eſt a Principe, ambitioſo tamen id inæſtimabile videtur. *Præmium illuſtris alicuius certaminis* eandem affectionem producit, & licet vel coronæ gramineæ, vt olim, ferreæ, aut quercinæ da-

tæ fuerint, circumſtantia tamen certaminis, & fortitudinis, magnam affectionem operatur. *Reliquias* porro *caſus alicuius inſoliti* magnifacere ſolemus, non ob alium finem, quam vt iactatione quadam multa de caſu illo inſolito & periculo, in quo nos tanquam homines ſingulares ſeruati fuerimus, aliis narrare poſſimus, quo pertinet v. gr. equus, cuius ope magnum periculum quis euaſit, &c. item, *quæ a maioribus accepimus*, in magno etiam pretio habemus, antiquitas enim familiæ ambitionem auget, nam quo antiquior res eſt, eo antiquius præbet teſtimonium de antiquitate familiæ.

Quoad *voluptuoſos* ſimiliter ſpecies quædam affectionis deprehenditur. Sed hi potius eo reſpiciunt, an res dilectas a ſodalibus ſuis, vel ab amaſia acceperint, quam a Principe, aut viro quodam illuſtri. Vnde linteolum, aut ligamentum, amoris teſtimonium, ein affections-Bändgen, pluris faciunt, quam alias res pretioſiſſimæ ab aliis æſtimari ſolent.

Applicationem iam ita facimus. *Pretium affectionis ex ambitione proueniens, licet affectio ſit extra rem poſita, iuramento in litem affectionis locum concedit, ſecus quam illud, quod ex voluptate oritur.* Ratio *cit. loc. §. 26.* ſuppeditatur. Nempe voluptas eſt vitium, quod omnium reprehenſioni eſt obnoxium, adeoque huic non ſuccurrunt, ne-

neque ei fauent leges humanæ. Accedit, quod leges ferantur ab ambitiosis hominibus, h. e. ab hominibus in virili ætate constitutis, qui aliis dominantur, qui adeoque leges ingenio proprio valde indulgentes condunt, & ea, quæ ipsis aduersa sunt, condemnant. Adde *c. 3. §. 6. Disp.* vbi ita: sicuti in iure non quilibet metus actionem quod metus caussa producit, sed is demum, qui cadit in virum constantem, *l. 5. & 6. ff. quod met. caus.* & quia a viris bonis, h. e. ambitiosis, approbatus est, *l. 8. §. 2. eod.* ita nec omnis affectionis erga rem in iudiciis ratio habetur, sed eius demum, quæ cadit in virum honestum & grauem. Addimus ad illustrationem dictorum adhuc *l. 6. §. 2. ff. de Oper. seruor.* vbi ita Vlpianus: *item*, inquit, *voluptatis vel affectionis æstimatio non habebitur, veluti si dilexerit eum* (seruum) *dominus, aut in deliciis habuerit.*



LIB. XII. TIT. IV.

De Condictione causa data, causa non secuta.

DISTINCTIO I.

Inter Causam *præteritam* & *futuram*, ob quam aliquid datum fuit.

Causa præterita huc non pertinet. Ponamus ergo, Titium ædes suas Sem-

pronio vendidisse non solum, sed praeterea etiam tradidisse, Sempronium vero in solutione pretii hactenus moram commisisse; quaeritur, an Titius propterea ius poenitendi habeat, & a contractu iterum resilire possit? Notum vero est ex vulgaribus principiis, quod in nullo contractu nominato, qualis est emtio venditio, poenitendi facultas competat, sed solum propter moram alterius ad interesse agendum sit, consensus enim hic absque pretii solutione iam perfectam producit obligationem, & in hoc consistit *causa* illa *praeterita*, *v. l. 8. C. de contrab. emt.* secus in contractibus innominatis, vbi ex solo praeuio consensu, tanquam pacto nudo, causa, id est obligatio perfecta nondum oriebatur, sed ex traditione demum, v. g. Do, sed sub modo, VT DES: do, vt FACIAS, ergo ob causam saltem futuram, quae si non adimpletur, vt sperabam, facultas rem meam repetendi mihi etiam competit. *v. l. vlt. ff. h. t.*

Quaeritur autem, cum hodie ratione obligationis, inter contractus nominatos & innominatos non amplius sit differentia, vtrum adlata distinctio vsum aliquem adhuc in praxi praestet? Affirmatiue respondendum esse existimamus. Nam adhuc frequenter accidit, vt aliquid detur sub modo, v. g. vt a lite discedatur, vt matrimonium mecum contrahatur, quod sit in

arrhis

arrhis ſponſalitiis, & dote, nec non, vt negotium expediatur, quem tamen modum implere ceſſat alter, quis vero dubitaret, quod in tali caſu huic noſtræ condictioni non ſit locus, *v. l. 3. ſ. 2. & 3. l. 6. aliasque ff. h. t.* Idem eſt, ſi quid donatum fuerit ſub modo, *v. g. vt alter certa tibi alimenta præberet*, iuxta *l. 1. C. de donat. quæ ſub mod.* vbi etiam rei vindicatio conceditur, quæ alias quidem iuxta principia iuris Romani, in eiusmodi caſibus locum non inuenit.

Ad cauſam futuram alias quoque *conditio* referri ſolet; ſed ea in præſenti materia non indigitatur. Deficiente enim conditione, totus actus annihilatur, *l. 37. ff. de contrah. emt. l. 8. pr. ff. de peric. & commod. rei vend.* ergo res tunc vindicari poterit a quocunque poſſeſſore. Quamuis vero in *l. 3. & 7. C. de Condict. ob cauſ. dat.* ſynonymice accipiantur illa duo vocabula: *conditio* & *modus*, quilibet tamen vocem *conditionis* hic abuſiue ſumi facile aduertit.

LIB. XII. TIT. V.

De Condictione ob turpem, vel iniustam causam.

DISTINCTIO I.

Inter Causam *turpem* & *iniustam*.

Sollicite has duas species ab inuicem distinguunt nonnulli LL. interpretes, vt Franzkius *in Comm. ad h. t. num. fin.* Lauterbach. *ad h. t.* Perez. *ad tit. C. de Condict. ex Lege n. vlt.* nec non Struuius *S. I. C. Ex. 18. th. 28.* qui hanc differentiae rationem (quantum ex subiectis ab eodem exemplis colligere licet) adducit, quod condictio ob *turpem* causam locum inueniat, si quid datum ratione alicuius praestandi *in futurum*, quod intuitu accipientis turpe sit; condictio autem ob *iniustam* causam, si accipiens quid consecutus fuerit ex causa iniusta *praeterita*, v. gr. si repeto pecuniam ex coacta stipulatione solutam, aut si condicuntur fructus, quos m. f. possessor ex re nostra prouenientes consumsit, &c. Franzkius *loc. cit.* ulterius condictionem *ob iniustam causam* & *ex iniusta causa* a se inuicem distinguit, dicendo, quod prior respiciat futurum, posterior autem praeteritum

ritum. Sed ita condictio in iustam & turpem causam coincidere videtur? Has vero ita distinguit, vt condictio ob turpem causam locum habeat, si quid propter *singularem aliquam* turpitudinem futuram detur; ob iniustam vero, si talis singularis turpitudo non subsit.

Verum enim vero rectius monent alii, reuera nullam hic subesse differentiam. Omne turpe est iniustum, & omne iniustum est turpe. Turpitudo quoque talis semper manet, siue tanquam præterita concipiatur, siue tanquam futura. Nec gradus turpitudinis diuersam decisionem suppeditare potest. Et ergo sine causa duas rubricas codici inseruit Tribonianus, vnam *de condictione ob turpem*, alteram *de condictione ex iniusta causa*, conf. Schilter. *Exerc. 24. th. 16.* Exc. Thomasius *in not. ad Strauch. Diss. 22. th. 9.*

Et quid si etiam concederemus dissentientibus, quod reuera inter vtramque speciem differentia intercedat? ea tamen theoretica saltem esset, non practica, cum in eo conueniant omnes, quod non solum illud, quod propter *iniustam*, sed & quod propter *turpem* causam dedi, indistincte iterum repeti possit. Ergo eorum intuitu, qui hic nimis subtiliter disputant, vulgatum illud optime applicatur:

Maxima de nihilo nascitur historia.

DISTINCTIO II.

Inter Turpitudinem intercedentem vel ex parte *solius dantis*, vel *solius accipientis*, vel *utriusque simul*.

Hæc distinctio extra omne dubium magnam vtilitatem adhuc hodie in foro præstat. Scilicet, si turpitudo *ab vtraque parte* adest, v. g. si tibi centum thaleros do, vt Titium verberes, occidas &c. condictioni locus non datur, quia in pari causa possidentis conditio semper melior habetur, *v. l. 3. ff. b. t.* Idem est, si turpitudo deprehendatur in persona *solius dantis*, quo pertinet exemplum Vlpiani in *l. 4. §. 3. ff. b. t.* si meretrici aliquid datum fuerit, quod repeti nequit. Quamuis enim Vlpianus male audiat communiter, quod dixerit: *meretricem turpiter facere, quod sit meretrix; non turpiter accipere, cum sit meretrix;* recte tamen sese habet eius assertum, si iuxta mores Romanorum, quibus lupanaria tolerabantur, explicetur. Qui enim ex legis permissione agit, ille quidem actionem laudabilem non suscipit, in foro tamen externo pro homine turpi haberi nequit, licet inter personas viles & abiectas referatur. Quod si tamen de foro interno & moribus nostris quæstio formaretur, aliud omnino di-

dicendum esset. Quod si vero *a parte solius accipientis* turpitudo interueniat, v. g. si quid alteri dem, ne furtum, vel damnum mihi inferat, ne iniuriam faciat: vt depositum, vel commodatum restituat, quod sponte facere recusabat, *v. l. 2. §. 1. & l. 9. h. t.* tunc demum condictioni locus est. Danti enim nihil imputari potest, bene tamen accipienti.



LIB. XII. TIT. VI.

De Condictione indebiti.

DISTINCTIO I.

Inter Indebitum *absolutum* & *secundum quid* tale.

Prius vocant, quando is, qui indebitum accepit, nullam omnino caussam allegare valet, propter quam solutum retinere possit, v. g. si pupillus sine tutoris autoritate aliquid promisit & soluit, item, si id, quod sub conditione promissum, ea adhuc pendente, soluitur, &c. *posterius* autem, quando accipiens vel ius naturale, cui lex ciuilis non assistit, vel e contra-

rio ius ciuile ſtrictum & ſubtile, quod ab æquitate naturali quodammodo recedit, pro ſe allegare valet, vnde noua diſtinctio indebiti oritur, de qua mox dicemus ſub *diſt. III.* Vſus præſentis diſtinctionis hic eſt: Indebitum abſolutum indiſtincte repeti poteſt; illud vero, quod ſaltem ſecundum quid tale eſt, interdum repetitur, interdum non, prout etiam dicetur.

DISTINCTIO II.
Inter Indebitum *ex errore iuris* & *facti* ſolutum.

Vtrum in hac materia omnis error condictionem pariat; an vero error facti ſolum, valde inter DD. disquiritur. Sed nos reſeruabimus deciſionem eiusdem ad *tit. de iuris & facti ignorantia.*

DISTINCTIO III.
Inter Indebitum *naturale tantum* & *ciuile tantum.*

Naturale tantum vocatur, quod quidem iuxta ius ciuile ſtrictum & ſubtile peti poſſet, (& adeo hoc reſpectu non eſſet indebitum) ſed cui ſimul tamen æquitas naturalis reſiſtit, quo minus exigi queat. Exemplum habuimus *ad tit. quod vi metusue cauſ. geſtum erit*, vbi iuxta Stoicorum principium:

um: coacta voluntas etiam est voluntas, promissa metu exorta omnino præstanda erant, vi stricti iuris, sed prætor tamen, tanquam restaurator æquitatis naturalis, restitutionem concedebat, vi cuius promissum non solum non præstari debebat, sed nunc quoque, si iam præstitum erat, *A)* solutum repeti poterat. *Ciuile tantum* appellant, vbi quidem æquitas naturalis solutionem factam suasit, sed vero de iure ciuili actio ad eam exigendam non competiit. Tale erat, quod ex nudo pacto debebatur. Quantum ad vsum practicum attinet, ita tenendum: Si indebitum est *naturale tantum*, tunc illud omnino iterum repetitur, prout ex adducto exemplo de obligatione vi metuque extorta, satis liquido adparet. In concursu enim æquitatis naturalis & stricti iuris, illa huic sine dubio præferenda est, conf. *l. 47. ff. h. t. verb. quoniam indebitam iure gentium pecuniam soluit. l. 66. h. t. ibi: hæc condictio ex bono & æquo introducta, quod alterius apud alterum sine causa deprehenditur, reuocare consueuit.* Ast, si inde-

A) Durante adhuc metu; qui enim metu promisit, & *cessante metu*, sponte soluit, nil repetit, quoniam per spontaneam solutionem *metus est purgatus, l. 2. C. de His quæ vi met. cauſ.* GAIL. *Lib. 2. Obseruat. 93. n. 29.*

debitum *ciuile tantum* est, tunc non repetitur solutum, *B)* ex modo adducta ratione, conf. *l. 15. pr. ff. h. t. verb. indebiti soluti condictio naturalis est.* Et huc recurrit, quando communiter asserunt DD. nudum pactum apud Romanos non produxisse quidem actionem, bene tamen exceptionem; v. *l. 7. §. 4. ff. de pact.* Vnde maximam curam adhibere conuenit, vt alterum ab altero probe distinguatur.

DISTINCTIO IV.

Inter *Errorem* intercedentem ex parte *soluentis* & *accipientis*.

Vsum distinctionis in eo ponit Lauterbach. *ad h. t.* quod ratione soluentis error facti solummodo excuset, non autem error iuris; ratione accipientis autem vterque, cum is ex errore suo, qualiscunque ille demum fuerit, lucrum consequi non debeat. Quaenam quoad prius (nam posterius libenter concedimus) nostra sententia sit, ex iis, quae *infra ad tit: de iuris & facti ignorantia*

B) Nisi obligatio naturalis a iure ciuili penitus sit *reprobata*, e. g. in muliere fideiubente. vid. AVCTOR. *Doctr. Pand. h. t. §. 7.* Add. *not. infr. Lib. 44. Tit. 7. Distinct. 2.*

tia dicentur, & simul de vsu huius distinctionis genuino constabit.

DISTINCTIO V.

Inter Condictionem indebiti *certi* & *incerti*.

Priori locus est, quando certum quid repetimus, v. g. certam quantitatem, ædes, fundum, equum, & id genus alia; *posteriori*, quando incertum quid condicitur, id est, interesse, possessio, obligatio, &c. vide casum in *l. 40. §. 1. ff. b. t.* add. *l. 15. §. 1. ff. b. t.* Vsus practicus nullus adest, sed mere theoreticus, vt diuersa condictionis huius obiecta probe ab inuicem separentur. Idem in reliquis titulis obseruandum, quando scilicet etiam condictio sine causa, condictio furtiua, aliæque ita distingui consueuerunt, nisi forsan quoad condictionem furtiuam dicere velis, quod ea, si *certi* dicitur, domino soli, *incerti* autem non dominis competat, quamuis & hic in effectu parum intersit.

LIB. XIII. TIT. I.

De Condictione furtiua.

DISTINCTIO I.

Inter *Condictionem furtiuam* & *actionem furti.*

Vtraque ex delicto quidem prouenit, & sic mere personalis est, (nam a tertio rei furtiuæ possessore eadem vindicari debet) differunt tamen *diuerso fine.* Scilicet condictio furtiua rem solummodo persequitur, vel, si res non amplius extat, eius æstimationem; actio furti autem mere pœnalis est, quippe qua vel duplum, vel quadruplum apud Romanos consequebatur actor, prout furtum vel manifestum erat, vel non manifestum, *§. vlt. I. De oblig. quæ ex delict. nascunt.* Ex quo prouenit, quod condictio furtiua quidem adhuc hodie in vsu sit, non autem actio furti, quia actiones Romanorum pœnales nunquam recepimus, de quo suo loco fusius dicetur. Et recte notat Lauterbach. *in Comp. Iur. h. t. ab init.* quod condictio furtiua interdum quidem actio furti etiam appelletur, sed *improprie* tamen, *v. l. 7. ff. de furt.* quod enim ibi per actionem furti condictio nostra intelligatur, satis exinde adparet, quoniam actio commodati (pro-

pter

pter furtum a commodatario factum instituta) actionem furti tollere dicitur, & vice versa, quod ad actionem furti proprie sic dictam, tanquam pœnalem, applicari non potest.

DISTINCTIO II.

Inter Condictionem *furtiuam* & actiones *ex aliis delictis* orientes.

Hic tanquam prorsus singulare obseruandum venit, quod nulla vnquam actio, ex delicto proueniens, contra heredem institui possit, *nisi aliquid ex delicto ad eum peruenerit*, vel, *nisi lis cum defuncto iam contestata fuerit, vid. §. 1. I. de perpet. & temp. action.* Et quamuis nonnulli hic contra communem DD. opinionem, defendere voluerint, quod dicta assertio tantum de actionibus pœnalibus intelligenda sit, rei persecutoria autem indistincte contra heredes competat, siue aliquid ad eos peruenerit, siue non; nos tamen illi hypothesi subscribere nondum possumus, *A)* partim ob

cit.

A) Rectissime se habet AVCTORIS sententia, quam pluribus textibus confirmant BACHOV. *ad §. f. I. de Obligat. quæ ex delict. nasc. n. 2.* & *Tr. de Action. Disp. 5. th. 4.* LAVTERB. *Disp. de Transit. action. §. 35.*

cit. §. *1. I. de perpet. & temp. act.* quae satis aperte actiones poenales & rei persecutorias ab inuicem distinguit: partim, quia in *l. 1.* §. *vlt. ff. de vi & vi arm.* expresse dicitur: *ex causa* huius interdicti (ex delicto orientis) in heredem & bonorum possessorem ceterosque successores *in factum actio* (non ergo de poenali sermo est) competit in id, *quod ad eos peruenit*, qui textus dissentientibus varia tormenta conciliare solet. Ast dicunt, heredes tamen factum defuncti praestare debere; Recte. Sed facta defuncti sunt duplicis generis, alia licita, alia illicita. Priora praestare tenentur heredes, neutiquam vero posteriora. Imo *iniustum* lucrum heredibus extorquendum est, sed, si ad heredes ex delicto nihil peruenit, tunc quoque iniustum lucrum penes eos non deprehenditur, quod illis extorquendum sit.

Satis ergo firma manet thesis: *actiones ex delicto non dari aduersus heredes.* Nunc ad exceptionem pergimus. Condictio enim furtiua indistincte contra heredes competit, *quamuis nihil ad eos peruenerit, & quamuis lis cum defuncto non fuerit contestata.* Ita habetur in §. *f. in f. I. de Oblig. quae ex delict.* & *in l. 9. ff. h. t.* Si rationem tam diuersae decisionis desideras, DD. communiter hanc tradunt, *B) quia fur est in perpetua mora,*

mora

B) Alii DD. qui hanc condictionem non

ex

mora autem obligationem ſemper perpetuat. Adducunt in hanc rem *l. 8. ſ. 1. ff. h. t.* ſed ibi plane alia quæſtio, ſcilicet de intereſſe ob rem peremtam a fure præſtando, vbi ſine dubio recte applicatur adlata ratio, quod nempe tunc illud tempus ſpectandum ſit, quo res furtiua plurimi fuit, hoc enim & in aliis delictis locum habet. Verum, quod propterea heredes etiam conueniri poſſint, licet nihil ad eos peruenerit, hoc exinde non probatur. Nam quilibet delinquens, qui non in ipſo momento, vbi delictum commiſit, læſo ſatisfactionem offert, moram committit. Ergo omnis quoque actio ex delicto proueniens contra heredem competeret, quod tamen falſum eſt. Manet ergo, quod hic mera deciſio ciuilis deprehendatur, cuius ratio reddi non poteſt, iuxta *l. 20. ff. de LL.* Legem ergo non corrigimus, quod nobis non competit, ſed rationem non concludere ſolummodo oſtendimus.

LIB.

ex delicto, ſed *immediate ex L.* deſcendere autumant, illam rationem expromunt, quod æquitas L. indiſtincte heredes ſtringat, licet delictum vel dolus concurrat. Mihi, ſalua cuiusuis autoritate, B. AVCTORIS ſententia placet.

LIB. XIII. TIT. IV.

De Eo, quod certo loco dari oportet.

DISTINCTIO I.

Inter Actionem, *quod certo loco* & actionem *directam*.

Vt rite iudicium ferri possit, an hæc distinctio adhuc hodie in praxi vsum habeat, an non? diuersa supposita præmittenda erunt.

I. Quod actio *de eo, quod certo loco*, non pertineat ad contractus bonæ fidei, sed ad eos saltem, qui stricti iuris dicuntur, siue vnilaterales, *v. l. 5. 6. 7. ff. h. t.*

II. Quod iudex pedaneus in contractibus stricti iuris præcise ad verba contractus adstrictus fuerit.

III. Et quod proinde dicta actio potissimum, imo vnice ex distincto officio prætoris & iudicis pedanei profluxerit.

IV. Quod porro, vti ex dictis infertur, si quis centum Ephesi dare stipulatus erat, domicilium autem suum Romæ habebat, in hoc foro domicilii, iuxta ius ciuile strictum, conueniri non poterat, licet solutio, prout promissum erat, Ephesi non perficeretur, *v. l. 1. ab init. ff. h. t.*

V. Quod

V. Quod autem, quia hoc iniquum videbatur, prætor hanc iniquitatem corrigere voluerit. Prætoriam enim esse actionem *de eo, quod certo loco*, DD. facile concedunt.

VI. Quod prætor, quemadmodum alias ius ciuile vetus illudque subtile *aperte* corrigere & abrogare non audebat: ita quoque in præsenti materia idem facere noluerit, vnde actionem nostram *vtilem* vocauit. Conf. omnino *l. 1. ff. h. t.* vbi Caius ita: *Sed quia*, inquit, *iniquum erat, si promissor ad eum locum, in quem daturum se promisisset, nunquam accederet, quod vel data opera faceret, vel quia aliis locis necessario distringeretur, non posse stipulatorem ad suum peruenire: ideo visum est, vtilem actionem in eam rem comparare.*

VII. Quod ex plurium, si non omnium confessione, actio hæc vtilis non differat *realiter* ab actione directa, sed saltem adiectitia qualitate. Sic v. g. si eum, qui Ephesi dare stipulatus est, in hoc loco factæ promissionis conuenio, vocatur *actio ex stipulatu;* si vero actionem in foro domicilii instituo, vocatur *actio ex stipulatu de eo, quod certo loco.* Fuse de hac materia differit Reinhardus Bachouius *de Action. Disp. 7. part. 2. th. 3. Ex his autem*, inquit, *& quod creditorem cum commemoratione loci agere oportebat, euincitur necessario, quod ipsa*

actio prima, quam quis v. g. ex stipulatu sibi quaesiuit, sua natura sit stricti iuris, & quod ipsa actio ex stipulatu sit in iudicium deducenda: (siue potius, *in iure* proponenda, id est, coram praetore, nam ita pergit Bachouius) *quandoquidem haec ratio iuris nostri est, vt obligatio & actio, prout primo constituta & nata est, sit in iure apud praetorem proponenda, qui secundum narrationem & propositionem actoris, formulam dabat, & cum ea partes ad iudicem pedaneum mittebat. Itaque in nostris terminis necesse habebat actor exponere praetori, quod Titius sibi promiserat centum Ephesi dari, sed quia in locum adiectum non veniret, cogi se alibi experiri, ita vt propter interesse loci permittat aestimationem & arbitrium iudici, an minoris, an maioris, & omnino quanti reus sit condemnandus, iuxta quam petitionem praetor formulam dabat, permissa nominatim arbitrio iudicis aestimatione, & hoc ipsi formulae inserto,* (v. gr. si paret, Titium decem Ephesi debere, neque in eo loco pecuniam debito tempore soluisse, iudex ex arbitrio tuo condemna, Bachou. *cit. loc. thes. 2. in f.*) *nam alias actor causa caderet* (ob plus petitionem. *v. §. 33. I. de action.*) *& reus iuxta naturam stricti iuris iudiciorum obiecta exceptione actionis alibi motae absolueretur. Quae scilicet*, concludit, *perspicue ostendunt, vnam specie & eandem origine esse actionem,*

quae

quæ alio loco mouetur, sed quæ tantum nouam induit qualitatem, diuersam ab actionibus stricti iuris, in quibus iudex ad certam quantitatem, quæ in obligatione fuit, adstringitur. Hæc vlterius prosequitur Bachouius, quæ omnia huc transscribere nimis prolixum foret. Dissentit quidem Anton. Faber *in tr. de error. pragmat. Decad. 91. error 5.* putans actionem, alio loco institutam, aliam omnino a priori, & prorsus non ex stipulatu esse; sed huius singulas rationes iam fuse & acerbe simul refutatas inuenies apud cit. Bachouium *d. loc.* ergo vt nos hic detineamus, operæ pretium iterum non esse videtur.

Quæritur saltem pro ratione instituti nostri: Vtrum distinctio, inter *actionem de eo, quod certo loco*, & inter *directam* adhuc hodie in foro vtilitatem præstare queat?

Sed hic porro & in antecessum quæritur: (1) an adhuc hodie iudices pedaneos habeamus, in contractibus stricti iuris ad verba conuentionum præcise adstrictos? Negatur. (2) An adhuc hodie prætores habeamus, qui iudicibus pedaneis certas formulas præscribunt? Negatur. (3) Annon hodie libere & aperte iniquitatem iuris veteris subtilis redarguere liceat, quod neutiquam licebat prætori? Affirmatur. (4) An ergo, si hoc licet, adhuc illis coloribus opus

ſit, quibus prætor vti neceſſe habebat? Negatur, &c.

Quid ergo? Sane ſi omnia ſuppoſita illius diſtinctionis corruunt, quisnam adhuc adſtrueret, quod dicta diſtinctio vtilitatem in foris Germaniæ præbere poſſit? Ergo hodie, ſiue in loco promiſſæ ſolutionis, ſiue ob moram, vel ex alia cauſa, in loco domicilii agatur, ſemper actio directa inſtituitur, nec adiectitia aliqua qualitate indigemus amplius. Quod enim de bonæ fidei iudiciis dicitur in *l. 7. pr. h. t.* quod iis hoc per ſe inſit, vt alibi intentata pro æſtimatione loci definiantur: illud hodie eodem modo etiam ad ea iudicia, quæ ſtricti iuris vocantur, applicari poterit.



LIB. XIII. TIT. V.

De Pecunia conſtituta.

DISTINCTIO I.

Inter Conſtitutum *obligatorium* & *poſſeſſorium*

Conſtitutum *poſſeſſorium* nihil aliud eſt, quam ſpecies fictæ traditionis per breuem manum, quando ſcilicet

cet cauſa poſſeſſionis, in qua hactenus conſtitutus fui, mutatur, v. gr. ſi rem meam vendo, ſed eam ſtatim ab emtore conduco, aut ſi rem, quæ hactenus ex titulo commodati, vel locati, penes me fuit, iam titulo dominii: propter præcedentem iuſtum contractum, poſſidere incipio, conf. *l. 18. ff. de acqu. vel amitt. poſſ. l. 77. ff. de R. V.* item in materia pignorum, ſi debitor creditori hypothecam in rebus ſuis conſtituit, cum clauſula conſtituti poſſeſſorii, vi cuius debitor rem oppignoratam, in caſu moræ, non proprio ſuo, ſed creditoris nomine poſſidet, atque adeo creditorem in poſſeſſione conſtituit, de qua clauſula vid. Meu. *P. 5. Dec. 159. 160. 350.* Illuſtr. Dn. Stryk. *de Caut. contract. Sect. 2. c. 4. §. 19.*

Conſtitutum *obligatorium* e contrario nihil aliud eſt, quam geminatum nudum pactum, *A*) reſpiciens ſolutionem vel debiti pro-

A) Vereor, vt in omni conſtituto obligatorio *geminatum pactum* ſubſit, quum non tantum debitum ex *nudo pacto*, ſed & ex *quocunque contractu*, & *quaſi contractu*; imo & *ex delicto* oriundum, conſtitui poſſit. *l. 1. §. 6. l. 29. ff. b. t.* CARD. MANTICA *de Tacit. & ambig. Conuent. Tom. 2. Lib. 19. Tit. 3. n. 12.* Vnde magis placet illa deſcriptio: Conſtitutum *eſt pactum* legi-

proprii, vel alieni, quod prætor ad corrigendam ſubtilitatem iuris veteris iterum introduxit, quoniam graue eſt, fidem (geminatam) fallere, *l. 1. pr. ff. h. t.* Vnde in aprico eſt, qua ratione conſtitutum debiti proprii a ſtipulatione, debiti item alieni a fideiuſſione differat. Ad conſtitutum enim non requiruntur verba ſolennia, ſed quælibet alia, ſiue oretenus prolata, ſiue ſcriptis comprehenſa, ſufficiunt. Placet ſubiicere caſum ex *l. 24. ff. h. t.* qui non parum ad illuſtrationem huius materiæ conferre poteſt. Ita autem ait Marcellus: Titius Seio epiſtolam emiſit in hæc verba: *Remanſerunt apud me quinquaginta ex credito tuo, ex contractu pupillorum meorum, quos reddere debebo Idibus Maiis probos. Quod ſi ad diem ſuperſcriptum non dedero, tunc dare debebo vſuras tot.* Quæro, an Lucius Titius in locum pupillorum hac cautione reus ſucceſſerit? Marcellus reſpondit, ſi interceſſiſſet ſtipulatio, ſucceſſiſſe. Item quæro, an, ſi non ſucceſſiſſet, de conſtituta teneatur? Marcellus reſpondit, in ſortem teneri. Eſt enim humanior, & vtilior iſta interpretatio.

LIB.

legitimum, quo quis debitum, vel proprium, vel alienum, ſe ſoluturum promittit. Vid. HOPP. *ad §. 9. I. de Action.*

LIB. XIII. TIT. VI.

Commodati vel contra.

DISTINCTIO I.

Inter Commodatum *folius commodantis*, *folius commodatarii*, & denique *vtriusque causa simul*, factum.

VSus in diuersa culpæ præstatione sese exserit. Si enim commodatum *solius commodantis* gratia contrahitur, v.g. si quis sponsæ forte suæ, vel vxori, quo honestius culta ad se deduceretur: item si quis ludos edens prætor scenicis, vel ipsi prætori quis vltro commodauit, tunc a commodatario nil præter *culpam latam* exigitur, *l. 5. §. 10. ff. h. t.* vbi sub voce *doli* lata culpa comprehenditur. Quod si porro *vtriusque*, & *commodantis* & *commodatarii gratia* contractus celebratus fuerit, v. g. si communem amicum ad cœnam inuitauerimus, tuque eius rei curam suscepisses, & ego tibi argentum commodauerim, præstanda erit *culpa leuis*. *l. 18. pr. vers. at si vtriusque ff. h. t.* Si vero denique commodatum *solius commodatarii gratia* contrahitur, *culpa leuissima* a commodatario exigitur, *d. l. 18. pr. h. t.*

Quod si quæritur, quid in dubio præsumatur: an scilicet *solius commodantis*, an *solius commodatarii*, an vero *simul vtriusque gratia* commodatum celebratum fuerit? Tunc sine dubio pro media specie stabit præsumtio. Ordinaria enim commodati natura est, vt propter solius accipientis vtilitatem ineatur, *l. 5. §. 2. in fin. ff. h. t.* at vero contrahentes in dubio ordinariæ legum dispositioni se conformasse censentur.

Cum sub hoc titulo communiter materia de dolo, culpa, & casu fortuito generatim explicari soleat: hinc nostri quoque officii erit, vt distinctiones in hac materia occurrentes, breuiter ad trutinam reuocemus. Vnde iam sequitur

DISTINCTIO II.

Inter Dolum *præteritum & futurum*.

Dolus *præteritus* pacto remitti potest, non autem *futurus*, tale enim pactum ad delinquendum inuitaret, *l. 23. ff. de R. I. l. 1. §. 7. ff. depos.*

DISTINCTIO III.

Inter Dolum *bonum* & *malum*.

Vocabulum *doli* abſtrahendo a certis circumſtantiis, nihil aliud denotat, quam acumen ingenii, commodum noſtrum quocunque modo promouendi. Fit hoc autem duplici ratione, ſcilicet mediis vel *licitis*, quo caſu dicitur dolus *bonus*, Germ. eine Klugheit, Vorſichtigkeit, quo omnes licitæ cautelæ pertinent: vel *illicitis*, tunc dolus *malus* appellari ſolet, Germ. Argliſtigkeit, vnde prouerbium: Argliſtigkeit iſt keine Klugheit. Dolus malus in iure prohibitus, nullibi vero dolus bonus.

DISTINCTIO IV.

Inter Dolum *præſumtum* & *verum*.

Verus dolus ex malitioſo propoſito & intentione alterum lædendi diiudicatur: *præſumtus* autem idem eſt, quod lata culpa, v. Lauterbach. *ad tit. ff. de dol. mal.* Has duas ſpecies accurate a ſe diſcernere multum refert. Interdum enim promiſcue vſurpantur; & eadem prorſus prædicata admittunt, interdum autem non. Scilicet, quotiescunque agitur de priuato damno reſar-

farciendo, *A)* toties nihil intereſt, vtrum ex vero, an ex præſumto alterius dolo, damnum oriatur, vt ex famoſa *l. 32. ff. depoſiti* aliisque conſtat. Aſt, ſi de pœna publica imponenda agitur, tunc lata culpa vero dolo non æquiparatur. Hinc homicidium doloſum aliter punitur, quam culpoſum, *l. 7. ff. ad L. Corn. de ſicar.* Sic tutor dolo vero pupillum lædens, infamia afficitur, non autem, qui dolo præſumto læſionem infert, *ſ. 6. I. de ſuſpect. tut. B)*

DIST.

A) Siue ex *contractu*, ſiue ex *delicto* ad damni reſtitutionem agatur, per *l. 1. §. 1. ff. Si Menſor fals. mod. l. 1. ſ. 2. ff. Si is qui teſtam. lib.* B. DN de COCCEII *Collat. Iuridic. de Culpa. Collat. 13. ſ. 3.*

A) Quem non de *leui* ſed *lata* culpa intelligendum eſſe, partim ex eo patet, quod nusquam LL. ob *leuem* culpam remoueri poſſe tutorem adferant, partim ex *L. 213. §. 2. ff. de V. S.* & *L. 3. §. 18. ff. de ſuſpect. tutor.* claret, vbi Vlpianus: *Qui ob ſegnitiem, vel ruſticitatem, inertiam, ſimplicitatem, vel ineptiam, remotus ſit, in hac cauſſa eſt; vt integra exiſtimatione tutela vel cura abeat.* Quæ omnia de leui culpa exaudire velle, eſt, diſtinctionem culpæ latæ & leuis vel ignorare, vel confun-

DISTINCTIO V.

Inter Dolum *ex propoſito* & *ex re.*

Prior producit querelam nullitatis, per ea, quæ ad *tit. de dol. mal. diſt. 1.* diximus; verum ob poſteriorem contractus non eſt nullus, ſed *ex l. 2. C. de reſcind. vend.* alternatiue agendum eſt, vel vt ſuppleatur id, quod iuſto pretio deeſt, vel, ſi hoc alter facere recuſat, vt a contractu iterum recedatur. Dolus enim ex re nihil aliud eſt, quam læſio vltra dimidium.

DISTINCTIO VI.

Inter Culpam *commiſſionis & omiſſionis.*

Vſus hic nullus deprehenditur, præterquam vt terminos intelligamus. Propter utramque enim ſpeciem eædem actiones competunt, non modo ex contractu, ſed etiam, ſi ex L. Aquilia reparatio damni petatur. Termini autem ita ſunt intelligendi. Diligentia ſcilicet, quæ culpæ opponitur, conſiſtit interdum in omittendo, interdum in

fundere, prout grauiter differit FRANZK. *Exerc. 3. Q. 8. n. 8.* Add. Illuſtr. L. B. de COCCEII *Iur. Controu. Ciuil. Tit. de Suſpect. Tutor. Q. 3.*

in committendo. Quod si ergo committitur, quod omittendum erat, vocatur *culpa commissionis*, v. g. si quis ignem, vel candelam ardentem in eum locum adfert, vbi fœnum, stramen, aut alia materia vstibilis deprehenditur; vicissim, si quis omittit, quod committendum erat, culpa omissionis vocari consueuit, v. g. si quis noctu ianuam non claudat, & sic res per fures auferantur, &c.

DISTINCTIO VII.

Inter Culpam *malitiæ* (*seu versutiæ*,) & *ignauiæ* (*imprudentiæ*, vel *negligentiæ*.)

Hanc distinctionem in textibus iuris ciuilis fundatam esse, hactenus deprehendere non potui, in iure tamen feudali quodammodo fundata esse videtur, quoniam ibi omne vasalli admissum vocabulo *Culpæ* s. *Feloniæ*, Germ. des Lehnsfehlers, denotari solet, *vid. Colleg. nostr. Feudale Disp. VIII. thes. III.* Quicquid tamen sit, illa distinctio aperte contra regulas logicas impingit. Altera enim species, culpa scilicet versutiæ, latius patet, quam ipsum genus, nihil aliud enim est, quam merus dolus, v. Reinhard. Bachouius *ad §. 2. I. quib. mod. re contr. oblig. num. 3. in fin.* Arn. Vinnius *ad eund. §. num. 11.* Idem ergo mihi de ista di-

stin-

ſtinctione videtur, ac ſi quis hominem in rationalem & irrationalem diſtinguere conaretur.

DISTINCTIO IIX.

Inter Culpam *latam*, *leuem* & *leuiſſimam*.

Qualis huius diſtinctionis vſus ſit, ex regulis, quas DD. vulgo formare conſueuerunt, facile conſtat.

Regula I. Quotiescunque contractus *ſolius accipientis* vtilitatem reſpicit, v. g. commodatum, toties ab illo accipiente *culpa leuiſſima* præſtanda eſt, *l. 5. ʃ. 2. ff. b. t.* dans vero ad ſolum dolum præſtandum tenetur, *l. 61. ʃ. 6. ff. de furt.* & hic vocabulo doli culpam latam (vt alias in negotiis mere ciuilibus, vid. diſt. IV.) non comprehendi exiſtimo, *C)* ob verba *d. l. 61. §. 6. quin etiam pau-*

C) Ego malim & hoc caſu ſequi regulam, qua, vbicunque de eo quod intereſt, & reſtitutione damni dati quæritur, latam culpam dolo æquiparari traditur. *L. 32. ff. Depoſ. L. 226. ff. de V. S.* Nec obſtant verba *d. L. 61. ʃ. 6. ff. de Furt.* quoniam hæc eo ſaltem pertinent, vt facilius commodantem excuſare debeamus a dolo, & conſequenter a lata culpa; ceteroquin vbi

paulo remiſſius circa interpretationem doli mali debere nos verſari.

Regula II. Quotiescunque per contra-ctum celebratum *vtriusque contrahentium* vtilitas promouetur, toties vterque etiam *culpam leuem* alteri præſtat, *d. l. 5. §. 2. h. t.* v. g. in emtione, locatione, pignore &c. Quoad pignus tamen obſtare videtur, *l. 13. §. 1. ff. de pign. act.* vbi etiam culpa leuiſſima requiri videtur, verb. *Venit autem in hac actione & dolus & culpa, vt in commodato. Venit & cuſtodia.* Verum cum *l. 5. ʃ. 2. h. t.* & *d. l. 13. ʃ. 1.* idem autor ſit, Vlpianus ſcilicet, probabile autem non ſit, eundem Vlpianum ſibi contradixiſſe, præcipue quoniam vtraque lex ex eodem tractatu deſumta, nempe *l. 5.* ex *l. 28.* ad edictum, *l. 13.* autem ex *lib. 38.* ad edictum, hinc quamuis alias correctioni legum non faueamus, tamen omnino admittenda eſſe videtur opinio Noodtii, qui *lib. 1. probabil. c. 4.* ita legit: *at in commodato venit & cuſtodia*, cui opinioni accedit, quod puncta, & aliæ diſtinctiones, quæ in textibus corporis iuris deprehenduntur, non ſint authenticæ, ſed a DD. inſer-

vbi vera lata culpa adeſt, quo minus pro dolo habenda ſit, textus iſte non prohibet. Conſent. WISSENBACH. *ad L. 23. ff. d. R. I. ʃ. 23.* BACHOV. *ad Treutl. Vol. 1. Diſp. 24. th. 4. lit. C.*

ſertæ. Aliter reſpondet Phil. Matthæi *ad l. 23. de R. I. num. 80.* cuius tamen reſponſio paulo obſcurior eſſe videtur; *D)*

Regula III. Quotiescunque contractus ad *ſolius dantis* vtilitatem tendit, toties ſaltem *culpa lata* ab accipente exigitur, *d. l. 5. ſ. 2.*

D) Rectiſſime AVCTOR reſponſionem illam MATTHÆI obſcuram vocat, quod euidenter patebit, ſi verba ipſius adponamus. Licet VLPIANVS, inquit, in *L. 13. §. f.* pignus quoad culpam commodato compararet, non tamen propterea in commodato perinde vt in pignore regulariter duntaxat culpa leuis præſtanda, quoniam in genere quidem hi contractus conueniunt in eo, quod in vtroque culpam præſtari oporteat, ſed in ſpecie hoc discriminis habent, quod creditor, cui res pignori eſt data, ad tantam diligentiam obſtrictus haud ſit, quantam commodatarius in re ſibi commodata præſtare tenetur, vt ſic, quod in vna L. deeſt, ex aliis ſupplendum ſit. Alias adhuc reſponſiones adferunt PAGENSTECH. *Siciliment. ad Lauterb. Manip. I. §. 33.* HVBER. *Prælection. ad I. Tit. Quib. mod. re contr. obligat. §. 15.* quæ tamen, ſi dicendum quod res eſt, itidem partim *obſcuræ*, partim *diuinatoriæ* ſunt.

5. §. 2. ff. h. t, dans vero ad culpam leuissimam tenetur, prout recte colligunt ex *l. 61. §. 5. ff. de furt.* vbi vid. Dion. Gothofred. *in not.*

Nota I. Has regulas tunc saltem locum inuenire, *quando ex contractu aliquo agitur;* ast quando ex L. Aquilia, ob damnum illatum, alterum conuenimus, tunc nulla distinctione opus, nam & culpa leuissima per eam legem coercetur, *v. §. 3. seqq. l. d. L. Aquil.*

Nota II. Has regulas in iis saltem contractibus applicari posse, *qui pro obiecto rem habent.* Aliud in iis, vbi *factum* aliquod ab altero praestandum, quales sunt tutelae administratio, mandatum, & negotiorum gestio, quippe in quibus ab administrante *culpa leuis* indistincte exigitur. Quantum ad tutelam attinet, omnes, credo, inter se conuenire DD. quod vltra culpam leuem a tutore aliquid non exigatur, propter *l. 33. pr. ff. de admin. & peric. tut.* & *l. 7. C. arbitr. tutel.* Verum quoad mandatum & negotiorum gestionem diuersae occurrunt sententiae. Mihi analogiae & rationi iuris magis conueniens videtur, vt nec a mandatario, nec a negotiorum gestore maior, quam a tutore, culpae gradus exigi possit. Neque enim ex his etiam aliquis commodum ex gestione sua accipit. Et intuitu negotiorum gestoris rem ex *l. 20.*

C. de

C. de negot. gest. apparere existimo, in qua quidem ab initio negotiorum gestor a tutore in eo distinguitur, quod prior *sponte* gerat, posterior *coacte;* prior item ad *omnia* expedienda non teneatur, vti quidem posterior. Verum mox quoad culpae praestationem inter se comparantur. Et quilibet videt, quod *§. 1. in f. I. de Oblig. quae quas. ex contr. nasc.* de casu speciali *E)* loquatur,

E) Cui sententiae nil quidquam detrahunt, prout quidem contendit PAGENSTECH. *Sicilim. ad Lauterb. Manip. 3. p. 40.* verba Imp. in §. 2. *I. Quib. mod. re contr. obligat.* ibi: *Nec sufficit ei*, (commodatario,) *tantam diligentiam adhibuisse, quatenus suis rebus adhibere solitus est, si modo alius diligentior poterat eam rem custodire.* *At si haec verba*, ita pergit PAGENSTECHER. *d. l. eius indolis & intellectus sunt in* §. 2. *quare non eandem indolem & eundem intellectum habebunt in d. §. 1.* Resp. verba *d. §. 2.* non esse *eadem*, aliud quippe est: POSSE alium diligentius rem custodire, etiamsi nullus adsit, qui se ad custodiam offerat; aliud est alium *actu* adesse, qui ADMINISTRATVRVS EST commodius alterius negotia, de quo casu loquitur *cit. §. 1.* DN. THOMAS. *ad Strauch. Disp. 16. §. 16.* Multo minus eandem la-

tur, propter verba expressa: *si modo alius diligentior eo commodius administraturus esset negotia.*

Quoad contractum mandati tanquam textus obstantes vulgo adduci consueuerunt *l. 13. & 21. C. Mandati*, sed non difficulter responderi posse censeo. Quamuis enim nonnulli acriter vrgeant verba *d. l. 13. omnem* culpam a procuratore præstandam esse, v. quos citat Hilliger *ad Donell. l. 13. c. 11. Lit. E.* nil

befactat PAGENSTECHERI philosophia: *quod maior adhuc in negotiorum gestore, respectu præstandæ leuissimæ culpæ, ratio sit, quam in commodatario, quum in illo maior culpa sit, quam in hoc: hic voluntate domini res eius tenet, ille absque ea, & ignorare non possit, culpam esse, immiscere se vltro rei ad se non pertinenti.* Resp. in *cit. §. 1.* Imp. adserit negotiorum gestorum obligationem *vtilitatis caussa* receptam esse, ne absentium, qui forte subita festinatione coacti, nulli demandata negotiorum suorum administratione, peregre profecti essent, negotia desererentur. Quid ergo, num quod vtilitatis caussa receptum, culpæ adnumerabitur? num ciuilitas erit nociua? num in locum officii humanitatis culpa subrogabitur? Conf. AVCTORIS Disp. *de Duob. circa idem fact. concurr. §. 12.*

nil tamen obstat, quo minus & hic illam particulam ex ante adducta analogia iuris & identitate rationis *F)* explicemus. Neque adeo opus est, vt cum aliis inter negotia, quæ *nullam*, *aliqualem*, & *exactissimam* diligentiam requirunt, distinguamus, de

F) Quinimo vocem: *Omnis*, suis nonnunquam cancellis circumscribendam esse, apud DD. in confesso est. Sic quum Imp. *§. 1. proœm. l. Omnes vero populi*, ait, *LL. tam a nobis promulgatis, quam compositis*, *reguntur*, recte Interprr. docent, de populis, *imp. R. subiectis*, hæc tantum intelligenda esse. Sic nemo dubitat, venditorem ad *mediam diligentiam* duntaxat teneri, *l. 5. §. 2. ff. Commod. l. 35. §. 4. ff. de Contrab. emt.* licet PAVLLVS in *l. 18. §. 9. & l. 38. pr. ff. de damn. infect.* OMNEM diligentiam ab eo præstari debere contendat. Nec obstat, quod in *dict. l. 13. casus fortuitus* solum excipiatur, atque adeo *leuissima culpa* vtique a mandatario præstanda sit. Resp. *in l. 28. C. de Locat. & Conduct.* dicitur, quod in locatione dolus & custodia præstari debeat, *non vero casus fortuitus*, perperam tamen inde cogitur, ad *leuissimam culpam* conductorem teneri, quum solus casus fortuitus excipiatur.

de qua diſtinctione vid Brunnem. *ad d. l. 13.* Eadem reſponſio, quam modo dedimus, ad *cit. l. 21. C. Mand.* ſuppetit, in qua per verba: *exacto officio*, nihil aliud, quam leuis culpa indigitatur. Dicit enim Imp. Conſtantinus, quod ſuæ quidem rei quisque ſit moderator & arbiter, id eſt, quod in illis etiam lata culpa non vertatur vitio; ſed quod in alienis exactum officium, id eſt, culpa leuis exigatur. Ex *l. 23. ff. de R. I.* denique nihil certi definiri poteſt. Non ſolum enim mandatum cum commodato; ſed & cum commodato venditum coniungitur. Anne ergo in venditione etiam leuiſſima culpa præſtanda?

Sed, quod caput rei eſt, adhuc reſtare videtur. Non pauci enim ſunt, qui adlatam & hactenus explicatam noſtram diſtinctionem plane reiiciunt, inter quos Ræuardus *ad l. 23. ff. de R. I.* Mart. Anton. del Rio *ad eand. c. 1.* Hugo Donellus *Comm. lib. 16. c. 7.* Struuius *S. I. C. Ex. 19. th. 41. ſeqq. & in Iurispr. Rom. Germ. l. 3. tit. 3. aph. 14. ſeqq.* & nouiſſime adhuc Dn. Beier *in Poſ. ff. ad tit. commod. poſt poſ. 43.* Noſtrum ergo erit, vt hic quoque mentem noſtram aperiamus. Cum vero breuitati ſtudeamus, miſſis aliorum opinionibus, de rationibus Struuii, qui maximæ autoritatis in foro eſt, ſolum in præſenti diſpiciemus.

Exiſti-

Exiſtimamus autem, Struuium ſine cauſa ab opinione communi receſſiſſe, eiusque duas regulas, quas loco trium communiter receptarum ſubſtituit, in effectu cum tribus illis coincidere. Age videamus.

Prima ipſius regula hæc eſt: *Dolus ſolum & huic proxima lata culpa præſtatur in contractu depoſiti*, addita ratione, *quia nulla eius* (depoſitarii) *vtilitas verſatur;* ſed annon idem eſt, quod dicunt communiter: quotiescunque contractus ad ſolius dantis vtilitatem tendit, toties ſaltem lata culpa ab accipiente exigitur. Quæ de precario addit, vulgo etiam moneri ſolent.

Secunda regula Struuiana eſt: *in reliquis PLERISQVE contractibus bonæ fidei præſtatur culpa, & quidem tam leuis, quam leuiſſima.* Hæc ab initio communi ſententiæ directo contradicere videntur, quippe quæ in plerisque contractibus leuem ſolummodo culpam requirit, quando ſcilicet eiusmodi contractus vtilitatem vtriusque contrahentium intendunt: ſed re exactius penſitata, opinio Struuii vel iterum cum vulgatis principiis coincidit, vel non adeo cohæret. Ita enim pergit *loc. ant. cit. aph. 16. præ aliis tamen contractibus ac negotiis diligentia deſideratur in commodato, &c.* ſed cur hoc? Scilicet, quia iuxta ante dicta in commodato ſolius accipientis vtilitas verſatur.

Minus recte ergo Struuius duas culpæ leuiſſimæ ſpecies conſtituiſſe videtur. Quod ſi enim iuxta illum *in plerisque* contractibus leuiſſima culpa requiritur, in quo conſiſtet culpa leuiſſima *præ aliis* in commodato præſtanda? Diligentiæ vocabulum, quod in nonnullis textibus occurrit, non ſemper denotat culpam leuiſſimam, *G)* ſed ex natura ſubſtratæ materiæ eſt explicandum. Quod vero interdum eſſe poſſit exceptio, libenter fatemur. Plura alio tempore.

Dantur quidem multi gradus, interdum decem etiam, vel plures, circa eandem rem, quod obiicit Dn. Beier. *loc. alleg.* ſed in iure reſpicimus ad illud, quod vt plurimum fieri, & quinam gradus plerumque adeſſe ſoleant. Eos autem ad tres a nobis explicatas ſpecies *H)* commode referri poſſe, nemo negare poterit, & ſic quoque arbitrium iudicis iuxta hoc fundamentum dirigendum erit.

DIST.

G) Exemplum eſt in *l. 36. ff. de Act. emt.* in qua PAVLLVS cuſtodiam & DILIGENTIAM a venditore præſtari debere adſerit. add. *l. 68. ff. de Contrah. emt. l. 6. ff. de Adminiſtrator. rer. quæ ad ciuitat.*

H) Malo dicere: *gradus*, quoniam plus & minus non variant ſpeciem. CORAS. *Lib. 4. Miſcell. cap. 1.*

DISTINCTIO IX.

Inter Culpam *latam* & *latiorem*.

Huius distinctionis autorem communiter faciunt Bartolum. *I)* Sed eandem in

I) Non penitus BARTOLI mentem sententiamque AVCTOR noster expressit. Is enim ad *L. 32. ff. Depos. n. 8. seqq.* pro *quinque* culpæ speciebus (seu potius *gradibus*) propugnat, nimirum *lata*, *latiori*, *latissima*, *leui*, *leuissima*. Quemadmodum vero distinctionem inter latam & latiorem culpam recte reiicit AVCTOR, ita nec inter latam & latissimam discrimen statuendum. Lata enim culpa dolo proxima dicitur in *L. 22. §. 3. ff. Ad SCt. Trebell. L. 11. ff. de Incend.* dolo comparatur, *L. 1. §. 1. ff. Si mensor fals. mod. dix.* & prope fraudem adcedit. *L. 7. ff. de suspect. tutor.* vnde, si BARTOLVM sequi velimus, consit, latiorem culpam ipsum dolum, latissimam autem supra ipsum dolum esse, quo tamen nihil absurdius dici potest. Vid. TIBER. DECIAN. *Tract. Criminal. Tom. 1. Lib. 1. cap. 6. n. 9.* qui tamen in eo fallitur, quod nusquam in toto Corpore iuris, culpæ gradum per *superlatiuum* designatum reperiri statuat,

 quam

in textibus iuris non esse fundatam, exacte monstrauit Struuius *Ex. 19. th. 19.* cum culpa lata & latior in illis promiscue accipi soleat. Valeat ergo Bartolus cum hac distinctione.

DISTINCTIO X.

Inter Culpam *in concreto* & *in abstracto* consideratam.

Regulariter per culpam leuem eam indigitamus, quæ in *abstracto* est, id est, quæ penes eiusdem conditionis homines vtplurimum deprehendi solet, v. g. penes plurimos patresfamilias; interdum tamen illa quoque intelligitur, quæ penes hunc vel illum hominem in rebus suis in specie *K)* de-

quam sententiam oppido refellit *L.44. ff. Ad Leg. Aquil.*

K) Quæ dicitur culpa leuis *in concreto.* Nonnunquam tam *in abstracto* quam in *concreto* culpa leuis præstatur, puta a *tutore*, & *marito*, *l. 17. ff. de Iur. dot. l. 1. pr. ff. de Tutel. & rat. distr.* h. e. Si *tutor* & *maritus* in suis rebus sint diligentissimi, eandem diligentiam in rebus pupillaribus & dotalibus quoque adhibere tenentur, nunquam tamen minorem, quam quæ adscendit ad gradum diligentiæ mediæ patris famil.

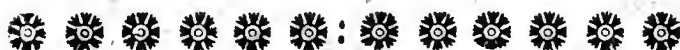
deprehenditur, quod fit in iis casibus, vbi socium nobis eligimus, quia qui parum diligentem sibi socium acquirit, de se queri debet, sunt verba Caii in *l. 72. ff. pro soc.* Sed quid si in communionem incidimus, v. g. si nobis duobus hereditas, vel legatum aliquod relinquitur? ratio prior quidem hic non potest applicari: nihilominus tamen idem habetur in *l. 25. §. 16. ff. fam. bercisc.* ex ratione, quia coheres propter partem suam habuit causam gerendi, id est, vt puto, quia vnam ex rebus hereditariis sine altera vix administrare potuit. Nollem tamen propterea cum Dn. Beiero *loc. prox. cit.* statuere, quod vbique culpa leuis in concreto solum præstanda veniat; non enim, nisi LL. hoc expresse permittunt, videndum est, quid fiat, sed quid fieri debeat. At vero, si quis negligens est in rebus suis, an ego propterea pati teneor, vt in meis quoque negligenter versetur? Non videtur. Add. *Doctr. ff. h. t.* §. *XXIII.*

DISTINCTIO XI.

Inter casum *insolitum* & *insolitissimum.*

Vsus se exerit in eo casu, vbi quis casuum fortuitorum præstationem per pa- ctum

ctum in se recepit, ad quam alias ex legum dispositione, non erat obstrictus. Scilicet, eiusmodi pactum de casibus *insolitis* solummodo intelligitur, neutiquam vero de *insolitissimis*, qui rarissime contingunt, vel, prout alii loquuntur, vix mille annis semel, quamuis hic terminus nimis laxus sit, *L)* v. Carpzou. *P. 2. C. 26. D. 8.* Gail. *2. Obs. 23. n. 10.* Seb. Medic. *de casib. fort. p. 1. qu. 15. n. 18.* aliique a Lauterbachio *ad h. t.* allegati.



NOVA DISTINCTIO.

Inter Casum *fortuitum* & *improuisum*.

Adfert hanc distinctionem CARPZ. *Pract. Crim. part. 1. Q. 5. n. 31.* eamque hunc in modum explicat, quod in casu fortuito *nulla praecedat culpa*, in casu improuiso vero *nonnunquam praecedat culpa*, *nonnunquam dolus*. Mihi vero haec distinctio funda-

L) Vnde rectius *arbitrio iudicis* hoc committitur B. STRYK. *Tr. de Iur. Sens. Disp. 10. cap. 7. n. 38.*

damento destituta videtur, partim, quod hæc vocabula *promiscue* in LL. capiantur, vid. *l. 13. C. Mandat. l. 1. C. Ad L. Cornel. de Sicar.* partim, quod damnum casuale eiusmodi denotet euentum, qui *consilio vel prouidentia humana auerti ac præcaueri* non potuit. At vbi culpa vel dolus præcedit, vtique euentus ille auerti & præcaueri potuisset. Et quid multa? Ipsemet hanc distinctionem destruit CARPZOV. *Ipr. for. part. 2. Const. 26. def. 15. n. 3. seqq. Verus siquidem*, inquiens, *casus fortuitus est ille, quem nullum consilium humanum præuidere potest, l. 2. §. 7. ff. de administrator. rer. quæ ad ciuitat. Vnde & dicitur casus improuisus l. 13. C. Mandat. item fatalis casus in l. 5. C. de Adpellat.* quæ verba repetit IDEM *Lib. 5. Tit. 6. Respons. 45. n. 12.* Quum ergo hæc distinctio nequidem in theoria recte se habeat, non opus est multum laborare de vsu eiusdem practico.

LIB.

LIB. XIII. TIT. VII.

De Pignoratitia actione vel contra.

NOVA DISTINCTIO.

Inter Contractum *pignoratitium* & contractum *retrouenditionis*.

I*lle* ad alium contractum se refert, eiusque est adcessio, *hic* est absolutus, & per se stat. 2) In *illo* ius pignoris constituitur, in *hoc* dominium transfertur, si venditor dominus est. 3) Ex *illo* ad repetendum competit actio pignoratitia directa, ex *hoc* actio venditi ex pacto. 4) In *illo*, quoad debitum non sit solutum, nulla locum habet præscriptio, bene in *hoc*, nullo tempore adiecto, vel tempore præstitutio elapso, & quidem præscriptio 30 annorum. 5) In *illo* primum fit mentio mutui, & deinceps subiicitur, fundum hunc creditori securitatis ergo debere esse concessum; in *hoc* omnis mentio mutui omittitur, & mox a contractu venditio-

ditionis incipitur, e. g. Kund und zu wissen sey hiemit, daß heute dato ein beständiger Wiederkauffs-contract geschlossen worden. Nemlich es verkaufft Titius sein Land-Guth an Sempronium auf 20 Jahr wiederkäuflich, cetera. vid. fuse Ill. DN. de BERGER. *Resolut. Lauterbach. h. t. p. 221.* B. STRYK. *de Cautel. Contract. Sect. 2. cap. 4. §. 29.*



NOVA DISTINCTIO.

Inter Pactum antichreticum *expressum* & *tacitum*.

Illud est, quum diserte inter partes hoc agitur, vt in vicem vsurarum creditor fructus rei oppignoratae percipiat, donec debitum legitime sit dissolutum; *hoc*, si debitor pecuniam mutuo accipiat sine vsurarum promissione, & creditori rem frugiferam, *sine expressa fructuum reseruatione*, tradat, quo ipso tacite hoc actum censetur, vt fructus, loco vsurarum, retinere liceat. *l. 8. ff. In quib. causs. pign. vel hypoth. tac. contrah.* Vsus distinctionis practicus in hoc se exserit, quod antichresis *tacita* legitimum vsurarum modum haud quaquam excedere debeat, *expressa* vero vtique eundem excedere possit,

ſit, ſi fructus ſint *incerti*, nec exceſſus prorſus *immodicus*, de quo iudex arbitrabitur. vid. LAVTERBACH. *Diſp. de Iur.* ἀντιχρήσεως §. 41. *ſeqq.* BACHOV. *ad Treutler. Vol.* 2. *Diſp.* 1. *th.* 6. *lit. B.* ſibi quodammodo contrarius *Tr. de Pignor. Lib.* 1. *cap.* 14. *n.* 3. B. STRYK. *Vſ. mod. ff. b. t.* §. 4. DN. de BERGER *Oecon. Iur. Lib.* 3. *Tit.* 2. §. 15. *ſeqq.*

